UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

L'ORDRE HIÉRARCHIQUE

Sa force exécutoire — Les suites contentieuses de son exécution

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ECONOMIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

le Mardi 15 Juillet 1913, à 2 heures du soir

PAR

Lucien LÉVY

Lauréat de la Faculté de Droit

Président : M. DELPECH, *professeur*

Suffragants MM. DESLANDRES, *professeur.*
SCELLE, *agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE BOURGUIGNONNE — J. BERNIGAUD
15, Rue Bossuet, 15

1913

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535717_0024

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

L'ORDRE HIÉRARCHIQUE

Sa force exécutoire — Les suites contentieuses de son exécution

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ECONOMIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

le Mardi 15 Juillet 1913, à 2 heures du soir

PAR

Lucien LÉVY

Lauréat de la Faculté de Droit

ACAD
INDUSTRIAL
BIBL.

Président : M. DELPECH, *professeur*

Suffragants { MM. DESLANDRES, *professeur.*
SCELLE, *agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE BOURGUIGNONNE — J. BERNIGAUD
15, Rue Bossuet, 15

1913

INTRODUCTION

La hiérarchie comporte une dépendance plus ou moins étroite d'agents subordonnés les uns aux autres, une « superposition de degrés dans une organisation autoritaire » (1). Elle engendre l'exercice de pouvoirs spéciaux conférés à des autorités administratives supérieures.

Au supérieur hiérarchique appartient le contrôle sur les actes de ses subordonnés (2). Ce contrôle qui entraîne notamment la faculté d'annuler, de réformer ou de confirmer les actes de l'inférieur remonte jusqu'au ministre, en passant par les fonctionnaires qui ont le pouvoir de prendre des décisions exécutoires produisant des effets de droit. En France, les tribunaux judiciaires ne peuvent plus l'exercer à aucun degré; au contraire, sous l'ancien Régime, il fut un temps où les Parlements, véritables supérieurs hiérarchiques, pouvaient rendre des arrêts en commandement et citer les administrateurs à leur barre pour juger leurs actes et leur adresser des injonctions; le système de notre ancien droit se rencontre, d'ailleurs, aujourd'hui encore, dans les pays anglo-américains où les pouvoirs sont confondus au profit du judiciaire (3).

(1) Hauriou. *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 134.
Cf. Block. *Dictionnaire de l'administration française* : « Hiérarchie ».

(2) H. Perreau. *Du contrôle hiérarchique en matière administrative*, « Revue de droit public », 1897, t. I, p. 439.

(3) En Angleterre des mesures importantes de contrôle appartiennent, malgré la création du Local government board, aux cours de justice et

Outre le contrôle sur les actes, le pouvoir hiérarchique comporte un pouvoir disciplinaire du chef de l'Etat sur la personne des agents de l'administration ; ainsi, sont réprimés les écarts de conduite des fonctionnaires dans l'exercice de leur fonction et même dans leur vie privée.

Enfin, une dernière faculté est laissée au supérieur : celle d'adresser des injonctions aux fonctionnaires subalternes. Cette étude a pour objet une analyse de la nature et des effets juridiques de ces *ordres hiérarchiques*. Véritables décisions exécutoires, dont l'application peut être immédiatement poursuivie par la voie administrative, ils sont susceptibles, d'une part, de contraindre les fonctionnaires, et de faire grief, d'autre part, aux sujets de l'administration. Lorsqu'un ordre est adressé au subalterne dans les limites de la loi, le subalterne doit obéir. Il ne faut d'ailleurs pas se méprendre sur la forme extérieure de l'ordre ; parfois, le supérieur semble laisser au subordonné une certaine liberté d'appréciation, alors qu'il lui adresse une véritable injonction (1). Par ailleurs, lorsqu'un ordre est émis par le supérieur hiérarchique, les administrés peuvent subir de ce chef une modification à leur situation juridique antérieure : l'ordre hiérarchique est un aspect particulier de l'activité administrative, se mouvant au milieu d'autres activités dont les situations juridiques établies doivent être protégées ; si un ordre illégal ne

aux juges de paix ; de même, aux Etats-Unis les tribunaux ont le pouvoir d'adresser des ordres aux autorités administratives quand elles violent la loi ou refusent de l'appliquer.

Cf. Dicey. *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, traduction française, 1902, p. 163.

Cf. Goodnow. *Les principes du droit administratif des Etats-Unis*, traduction française, 1907, chap. Ier.

(1) Cf. Trolley. *Cours de droit administratif*, 1844, t. I, p. 191.

touche pas à un intérêt privé, il bouleverse au moins l'état de droit, qui repose sur l'obligation existant pour tous de respecter la loi.

I

L'ordre hiérarchique, émanation de l'autorité administrative supérieure, se présente comme une manifestation essentiellement permanente de la vie administrative; et c'est ce qui fait l'intérêt durable de son étude.

La *hiérarchie*, en effet, bien que discutée, est une institution aussi indispensable que la légalité : dans un *régime d'Etat*, elle est une nécessité fatale, tandis que la *légalité* est une nécessité acquise.

* * *

La *hiérarchie, stricto sensu*, avec tous les pouvoirs qui en découlent et qui viennent d'être rappelés, suppose la centralisation. En tant que doctrine, celle-ci a eu ses panégyristes (1); elle peut, en effet, maintenir à travers l'administration de la cohésion et une grande unité de vues. Longtemps, on a cru aussi que les fonctionnaires supérieurs étaient pour ainsi dire infaillibles; que, jugeant de haut, ils se rendaient parfaitement compte des aspirations et des intérêts des administrés ; et que, par conséquent, la centralisation assurait la meilleure direction possible aux affaires administratives.

(1) Trolley. *Cours de droit administratif*, t. I, p. 89 : « C'est la centralisation qui porte jusqu'aux extrémités du corps social cette action, partie du cœur et revenant au cœur, qui lui donne la vie. C'est la gloire, c'est la force et le salut de la France ».

En fait, pendant près de cent ans, persista le régime violemment centralisateur de l'an VIII : il séparait la compétence technique et le pouvoir de décision ; il préparait, ainsi, l'antagonisme entre les agents de préparation et les agents d'exécution, ces derniers étant préoccupés de faire beaucoup plus de la politique que de l'administration. Sous l'influence de l'idée démocratique, après l'universalisation du suffrage politique, les fonctionnaires et les administrés ne purent plus s'accommoder aussi facilement de cette autorité venant d'en haut Une poussée s'est produite tendant à la *décentralisation* : par régions d'abord, puis par services. Cependant, au milieu de ces transformations, l'institution de la hiérarchie demeure et doit demeurer toujours, en son essence, dans un régime de droit.

Le premier procédé de la décentralisation, *par régions*, réalisée d'une manière assez restreinte dans nos lois, consiste à admettre une compétence locale pour des agents élus qui ne rentrent plus dans la hiérarchie générale ; sur eux pèse la *tutelle* administrative, c'est-à-dire un contrôle de l'autorité supérieure qui se manifeste surtout par la nécessité de l'approbation ou la possibilité d'annulation ou de suspension (1).

Entre la tutelle et le pouvoir hiérarchique, on est fort tenté, comme l'a montré M. Hauriou (2), de croire à une

(1) Une variété de cette décentralisation est le fédéralisme qui impose au gouvernement une obligation juridique de maintenir sur une circonscription une certaine compétence à ces agents.

Cf. Delpech. *Quelques aspects de la décentralisation et du régionalisme*, dans le « Bulletin de la Société des Amis de l'Université de Dijon », t. XXII, n° 2, p. 71.

(2) Hauriou. Note sous Cons d'Et., 20 novembre 1908, *Chambre de commerce de Rennes*. S. 1910. 3. 17, col. 2.

antinomie radicale : le pouvoir hiérarchique, dans une administration centralisée, ne supposerait aucune autonomie chez les agents inférieurs; par conséquent, les pouvoirs de l'administration centrale dans la sphère de la hiérarchie se présumeraient et les limites du pouvoir hiérarchique auraient besoin d'être formellement posées pour exister. Au contraire, la tutelle administrative, lien de l'administration décentralisée, supposerait une autonomie chez les agents inférieurs; l'autonomie se présumerait, il n'y aurait ainsi d'autres droits de tutelle et de contrôle que ceux formellement stipulés par la loi. En réalité, cette antithèse ne doit pas être poussée trop loin; le Conseil d'Etat (1) semble parfaitement admettre que la tutelle comporte un minimum de *contrôle* du pouvoir central. A la suite d'un détournement commis par le trésorier de la Chambre de commerce de Rennes, cet établissement n'avait pas les ressources suffisantes pour assurer le paiement des annuités d'un emprunt; cependant, la Chambre de commerce, dans son budget, n'avait prévu aucun crédit pour le service de l'annuité; le ministre du Commerce, compétent pour approuver le budget et les comptes, inscrivit d'office le crédit et imposa d'office les contribuables, alors qu'aucun texte ne lui confère ce droit : le Conseil d'Etat n'annula pas la décision ministérielle.

Par contre, la hiérarchie comporte naturellement pour les agents inférieurs un minimum d'*indépendance*, permettant d'assurer le fonctionnement régulier et continu des services publics. Dès lors, comme le dit encore M. Hauriou, le droit administratif doit s'attacher à déterminer

(1) Cons. d'Et., 20 novembre 1908, *Chambre de commerce de Rennes*. S. 1910. 3. 17, col. 2.

ces deux points d'équilibre, sans s'embarrasser de présomptions légales qui sont toujours gênantes.

Du reste, les rapports de tutelle entre l'administration centrale et les services locaux peuvent, en fait, être fort étroits ou, au contraire, assez lâches, selon l'agent décentralisé envisagé. Le préfet, tout d'abord, est, en certains cas, autorité à proprement parler de déconcentration (1); cependant, il doit en réalité, même dans des questions relatives aux libertés départementales, obéir aux ordres ministériels : s'il n'exécutait pas les instructions ministérielles qu'il reçoit, il encourrait des peines disciplinaires, telles que la révocation, le déplacement ou le non avancement de classe. Le maire, au contraire, n'est pas soumis aussi rigoureusement aux pouvoirs disciplinaires de l'administration supérieure, et par suite plus grande est son indépendance (2). Les mises en demeures ne lui sont adressées par le Préfet, lorsque celui-ci doit se substituer à lui, que pour l'application de la loi et dans des cas déterminés par la loi (3). « Certaines procédures, telles que l'inscription d'office au budget des dépenses dites obligatoires, sont loin de comporter la faculté pour les autorités supérieures

(1) Cf. notamment Décret du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861.

(2) La législation récente tend à donner au maire une indépendance toujours plus grande.

Touchant le pouvoir appartenant au maire de démissionner, la loi du 8 juillet 1908 a remanié l'article 81 de la loi du 5 avril 1884 : à défaut d'acceptation de la démission par le préfet, la démission devient définitive après un nouvel envoi constaté par lettre recommandée.

Touchant leur révocation, les maires ont émis le vœu, dans leur congrès de 1913, qu'elle ne puisse intervenir qu'après avis conforme du Conseil d'Etat.

(3) Pour « toutes les mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publique », le préfet, après une mise en demeure, peut prendre un règlement de police à la place du maire

de donner aux corps décentralisés l'ordre de faire un acte qu'elles déterminent seules; leur unique portée en est d'assurer, par des mesures adéquates, l'observation de la loi générale par les collectivités investies de quelques pouvoirs propres » (1).

Au surplus, si l'on examine, non pas l'administration locale ou régionale décentralisée dans ses rapports avec l'administration centralisée et hiérarchisée, mais uniquement les agents qui composent l'administration décentralisée, on s'aperçoit qu'à l'intérieur de cette administration, plus ou moins indépendante du pouvoir central, il existe une hiérarchie, remontant jusqu'à l'agent local supérieur et non plus jusqu'au pouvoir central. Tant est féconde la notion de hiérarchie ! en droit administratif du moins, puisqu'elle ne doit pas, en principe, être admise dans d'autres disciplines comme le droit international public qui repose sur l'indépendance des Etats. Tant est forte, naturelle et nécessaire l'inégalité entre fonctionnaires d'une administration : inégalité de responsabilité et de compétence, qui engendre inégalité de commandement et d'autorité !

Cependant, cette décentralisation par étroites régions, telle qu'elle est organisée dans nos lois, a paru à bon droit tout à fait insuffisante. D'une part, en effet, les départe-

(art. 99, loi du 5 avril 1884). D'autre part, « dans le cas où le maire refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi » le préfet, après mise en demeure, peut y procéder, même par un délégué (art. 85).

Cf. Cons. d'Et., 8 mars 1901, *Nouguès et Sécail*, LEBON, p. 269.

(1) DELPECH. *Associations et syndicats de fonctionnaires*, Cours public à la Faculté de droit de Dijon, 1912.

Cf. Georges MARRET. *L'inscription d'office*, thèse de doct., Dijon, 1913.

ments et les communes, en raison de l'exiguité de leurs ressources, ne peuvent par leurs propres moyens créer ni faire fonctionner les services locaux ou régionaux utiles aux administrés : les collectivités décentralisées seront toujours dans la main du pouvoir central tant qu'elles n'auront pas un patrimoine autonome, capable de satisfaire à leurs besoins. D'autre part, les administrés ont pu se plaindre, non plus seulement de la pression politique du gouvernement, de l'administration centrale par l'intermédiaire des préfets et sous-préfets, mais aussi de l'ingérence dans les services publics de la politique électorale locale.

La décentralisation par grandes régions est assurément désirable (1); toutefois, elle suppose, semble-t-il, le vote d'une large réforme électorale, créant de grandes circonscriptions, en sorte que le député, moins près de ses électeurs, serait moins tenté de sacrifier, à des intérêts locaux, l'intérêt de la grande région, c'est-à-dire l'intérêt général; or, une large réforme électorale, qui organiserait des circonscriptions se modelant sur les cadres de la grande région, suppose elle-même déjà créée la décentralisation par grandes régions : les réformes électorale et administrative, liées ainsi l'une à l'autre, paraissent actuellement ne pouvoir se réaliser que par améliorations progressives.

Nombre d'esprits, déçus par la lenteur ou la mauvaise grâce du législateur, se sont détachés de ce premier système de décentralisation, où d'ailleurs, tout comme dans un régime de centralisation « les raisons et les directions

(1) Cf. Delpech. *Quelques aspects de la décentralisation et du régionalisme*, dans le « Bulletin de la Société des Amis de l'Université de Dijon », t. XXII, n° 2, p. 71.

Cf. Foncin. *Les pays de France*, 1898. p. 18; Ch. Brun. *Le régionalisme*, 1911, p. 234.

techniques étaient sacrifiées ». Alors, fut préconisé, par le syndicalisme fonctionnariste, la décentralisation *par services* (1).

L'acheminement, sous la poussée du mouvement démocratique, vers cette seconde forme de décentralisation se traduit de nos jours par l'admission de plus en plus fréquente de fonctionnaires, élus par leurs collègues, dans des Conseils de discipline ou d'avancement ; la décision émane, non plus du ministre, mais du Conseil, et, lorsqu'on n'est pas encore arrivé à ce stade de l'évolution, elle présuppose du moins l'intervention de ce Conseil : c'est la transformation de l'autocratie au régime représentatif. Des types administratifs s'offrent déjà en exemple de services autonomes : ce sont surtout les Facultés et les établissements d'enseignement supérieur, où, de manière sensible mais non encore absolue, sont associés *le pouvoir de décision et la compétence technique* (2).

C'est le grand avantage de cette décentralisation de donner aux compétences le pouvoir de décision : c'est une garantie contre l'exploitation redoutable des services publics par les politiciens. Cependant, à vouloir empêcher le despotisme gouvernemental, il ne faudrait pas sombrer dans l'anarchie. D'une part, les fonctionnaires ne devront pas verser dans cette dangereuse erreur de gérer les ser-

(1) Cf. Delpech. *Associations et syndicats de fonctionnaires*, Cours public, Dijon, 1912.

Cf. Hauriou. *Principes de droit public*, p. 486, et *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 143.

Cf. Maxime Leroy. *Les transformations de la puissance publique.* — Bouglé, *id.* — Paul Boncour. *Les syndicats de fonctionnaires.* — Pierre Harmignie. *L'Etat et ses agents*, Etude sur le syndicalisme administratif.

(2) Loi du 10 juillet 1896 Décrets des 21 et 22 juillet 1897.

vices dans leur intérêt exclusif et non dans l'intérêt du public. Parler de syndicats, ce n'est pas légitimer la grève des fonctionnaires : jamais les agents de l'administration ne doivent abandonner collectivement leur service ; les gouvernants ne peuvent tolérer la grève ; et, si les administrateurs deviennent leurs collaborateurs ou même les dirigeants, ils n'en assumeront pas moins la charge de faire fonctionner les services d'une façon permanente et régulière (1). D'autre part, les fonctionnaires ne devront pas non plus être assez indépendants du pouvoir central pour s'essayer à réaliser des conceptions ou des réformes révolutionnaires. Il s'ensuit que, pour sauvegarder, et les droits des administrés dans l'intérêt exclusif desquels les services sont créés, et le régime d'Etat lui-même, il faut que soit réservé au pouvoir central un minimum de droits.

Voilà ce que n'observent pas assez ceux qui poursuivent dans un but politique le déplacement de l'autorité du sommet dans la corporation elle-même (2). Ceux-là ne font pas de différence entre le syndicat des fonctionnaires de la vie publique, d'une part, et, d'autre part, le syndicat des ouvriers de la vie privée tel qu'il existe ou tel que les révolutionnaires de la C. G. T. le conçoivent, alors qu'il sera la cellule de l'activité économique (3).

(1) Sur la grève dans les services publics : Cf. Delpech. *La grève dans les services publics*, dans le « Bulletin de la Société des Amis de l'Université de Dijon », juin 1911, p. 49.

Cf. Hauriou, Note sous *Cons. d'Et.*, 7 août 1909, *Winkell*, S. 1909. 3. 145.

Cf. Jèze. *Revue du droit public et de la science politique*, 1909, p. 150.

(2) Cf. Roger Bonnard. *La crise du fonctionnarisme*, dans la « Revue du droit public », 1907, p. 480.

(3) Cf. Pouget. *La C. G. T.; Le Syndicat.* — Yvetot. *A. B. C. syndicaliste.* — Berth. *Nouveaux aspects.*

Or, cette assimilation des entreprises privées et des entreprises publiques est fausse et dangereuse. Elle conduit aux pires aventures; car elle entend réaliser, non pas des administrations distinctes et plus ou moins autonomes, mais bien des démembrements de l'Etat, de véritables Etats dans l'Etat. Cette théorie sape le régime de droit, dont la destruction risquerait d'aboutir finalement « à la restauration de l'arbitraire sans limite d'un gouvernement omnipotent ». Au contraire, sur la notion de ministère de service public, on peut « déterminer, dans les rapports des fonctionnaires et de leurs chefs, les solutions conciliatrices des exigences de l'équité et de l'intérêt social » (1).

Ainsi, le syndicalisme fonctionnariste ne peut se réaliser que si l'on reconnait toujours un pouvoir supérieur de contrôle à l'administration centrale: il suppose un reste de dépendance dans les rapports du service autonome et du pouvoir central.

De même, à envisager les seuls agents décentralisés, on peut affirmer qu'il y aura toujours parmi eux inégalité, subordination plus ou moins étroite des uns aux autres. Si l'on confère, en effet, le pouvoir de décision, non plus à un fonctionnaire de l'administration centrale, mais à un agent technique de l'administration décentralisée, on ne supprime pas pour autant le supérieur hiérarchique, qui reste l'autorité investie du pouvoir de décision; et si à ce fonctionnaire est adjoint un Conseil élu, dont l'avis doit être obligatoirement suivi, ce Conseil deviendra lui-même un supérieur hiérarchique. Tant qu'il y aura dans un grand service public des hommes moins intelligents et moins

(1) Delpech. *Associations et syndicats de fonctionnaires*, Cours public, Dijon, 1912.

instruits que d'autres, il y aura des subalternes. Certes, il ne faut pas étouffer les initiatives individuelles : le contrôle sur l'opportunité des actes peu importants des fonctionnaires inférieurs doit être de moins en moins rigoureux; mais, c'est folie de rêver à une indépendance complète d'action pour tout agent d'une administration décentralisée, alors que le patrimoine personnel de ce fonctionnaire ne pourrait réparer par lui seul les préjudices causés par ses actes.

Au total, le principe de l'autorité est naturel et répond aux nécessités mêmes de tout service public. D'une part, à l'intérieur des administrations décentralisées, on retrouve actuellement et l'on retrouvera toujours une certaine hiérarchie ; d'autre part, dans les rapports de l'administration décentralisée et de l'autorité centrale, un pouvoir de contrôle devra toujours être conféré à cette dernière pour lui permettre d'assurer à tout le moins l'observation des lois et des règlements : le respect absolu, scrupuleux des règles de droit ne cessera jamais de constituer le premier des éléments essentiels d'une bonne administration (1).

* * *

Contre les abus d'une administration hiérarchisée, les particuliers ne sont d'ailleurs pas sans défense : ils sont protégés par le système de la *légalité*, nécessité acquise du régime d'Etat.

Certes, il faut que l'administration puisse accomplir sa mission, c'est-à-dire remplir ses obligations qui consistent à exécuter les lois, à organiser et à gérer les services

(1) Cf. Noell. *Les ministères; leur organisation*; *leur rôle*. Thèse de doct., Toulouse, 1911, p. 201.

publics. Aussi possède-t-elle le privilège de l'exécution préalable: elle ordonne et les particuliers doivent obéir. Toutefois, la sujétion des administrés dans notre régime de droit n'est que conditionnelle : ils ne sont pas désarmés devant un acte administratif illégal.

Aujourd'hui, en effet, prévaut le principe de la supériorité de la loi sur toutes les autres sources du droit. Après avoir obtenu, tout d'abord, l'unité du droit sous l'ancien régime, un second progrès a consisté à soumettre à la loi toutes les institutions et l'administration de l'Etat elle-même (1). Les particuliers qui doivent subir l'exécution des ordres de l'administration, sont en droit d'invoquer le principe de la subordination de l'administration à la loi (2). D'une part, ils peuvent s'attaquer à la force exécutoire de l'acte; ils peuvent faire annuler la décision exécutoire, pour en rendre impossible toute application, si l'administration n'a pas exécuté avant l'annulation, ou du moins pour en empêcher une nouvelle application. D'autre part, s'ils ont été lésés par des mesures d'exécution, ils peuvent s'attaquer à des patrimoines, pour demander réparation du préjudiec causé, et en principe au patrimoine même de l'administration pour le compte de laquelle l'acte a été accompli.

Ainsi est limitée et conditionnée par le système de la légalité l'activité de l'administration hiérarchisée.

(1) Cf. Hauriou. *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 53.

(2) L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 est le seul texte d'où l'on puisse tirer une définition de l'administration; visant les rapports de l'administration et de la *loi :* il décide qu' : « Il (le Président de la République) en surveille et en assure l'*exécution* ».

II

Dans ces conditions, l'étude de l'ordre hiérarchique dans un système de légalité présente, non seulement un intérêt durable, en raison du caractère permanent en son essence de l'institution de la hiérarchie, mais aussi un réel intérêt pratique, en raison du jeu possible de diverses actions en annulation ou en responsabilité. En revanche, elle offre une grande complexité par suite de l'enchevêtrement des questions engagées dans le débat.

Il convient tout d'abord, pour sérier les difficultés, de différencier nettement deux sortes de rapports : 1° Les relations à proprement parler de *hiérarchie* entre le subalterne qui reçoit l'ordre hiérarchique et le supérieur qui l'a émis. A l'intérieur du service, entre les agents de l'administration existent des liens spéciaux, que soutiennent les intérêts corporatifs communs et qui engendrent une responsabilité particulière du fonctionnaire : la responsabilité disciplinaire, laquelle tend d'ailleurs de plus en plus à se rapprocher de la responsabilité pénale, qui de même vise directement, non pas un patrimoine, mais la personne même du fonctionnaire.

2° En raison de l'exécution réalisée ou menaçante d'un ordre hiérarchique, les relations entre l'administration ou ses agents et les administrés. C'est proprement le point de vue de la *légalité*. Les administrés peuvent, selon le temps ou l'intérêt de leur action, cumuler, sauf dans la procédure, les deux voies de l'annulation et de la réparation. — En ce qui concerne l'annulation, ils peuvent intenter un recours pour excès de pouvoir, basé sur un ordre hiérarchique légal non exécuté, ou dirigé contre un ordre

hiérarchique illégal exécuté ou sur le point d'être exécuté ; et, ainsi, les protège cette voie objective d'introspection administrative qui tend à faire triompher la moralité dans l'administration. — En ce qui concerne la réparation, la difficulté est de savoir à quel patrimoine ils doivent s'adresser ; tout dépend de la manière administrative ou incorrecte de l'agent dans l'exécution. Si l'on retrouve le fonctionnaire dans l'acte de l'agent, s'il y a faute de service, seul le patrimoine collectif, administratif, est tenu d'indemniser le particulier du préjudice causé ; tous doivent réparer le mal commis à un seul au nom et au profit de tous. Si l'on découvre, au contraire, l'homme avec toutes ses passions dans l'acte de l'agent, s'il y a faute personnelle, seul et directement est tenu le patrimoine du fonctionnaire.

Quelle que soit d'ailleurs la voie poursuivie, que l'administré s'attaque à la décision exécutoire, ou qu'il se cantonne dans l'exécution de l'ordre pour faire apparaître les torts et les responsabilités, toujours, le juge doit tenir compte des *circonstances de fait*. Il doit examiner notamment la situation sociale et hiérarchique du supérieur, auteur de l'ordre, et celle du subalterne, agent d'exécution ; il doit se préoccuper de replacer l'ordre dans son milieu, en recherchant les difficultés du moment où il a été émis. Il doit se demander si le fonctionnaire était de bonne foi ; quel était le but qu'il poursuivait : spécialement en matière pénale, la question de l'intention de l'agent joue une rôle primordial ; d'autres théories de droit pénal risqueraient d'ailleurs d'annihiler ou de réduire la responsabilité du fonctionnaire : l'idée de contrainte (art. 64 C. pén.) et le système des excuses absolutoires (art. 114 et 190 C. pén.).

En face de cette situation complexe, ici plus que partout ailleurs, il convient de se tenir, toujours, le plus près possible des principes de notre droit et des réalités juridiques : c'est dans cet esprit qu'il faut analyser, d'abord la force exécutoire contenue dans l'ordre hiérarchique, puis les suites contentieuses de l'exécution de l'ordre. C'est ainsi, en d'autres termes, qu'il faut examiner : d'une part, la nature de l'ordre hiérarchique, acte administratif qui se calque sur la prérogative de l'administration ; d'autre part, les effets réalisés ou simplement menaçants de l'ordre hiérarchique, d'où résultent, pratiquement, les diverses responsabilités encourues par le fonctionnaire ou l'administration et la protection non seulement de ceux qui ont déjà subi l'exécution de l'ordre, mais même de ceux qui vont la subir. Ainsi pourront être évitées la destruction et la ruine du régime d'Etat qu'engendrent les théories néfastes qui vont vers une autocratie absolue ou sombrent dans l'anarchie. Ainsi pourront être conciliés raisonnablement les divers intérêts en présence, de l'Etat, des fonctionnaires et des administrés.

PREMIÈRE PARTIE

L'ordre hiérarchique - Sa force exécutoire

I

L'ordre hiérarchique est un acte administratif

L'ordre hiérarchique, suivant la définition donnée ci-dessus, est un acte administratif, susceptible de produire effets à l'encontre, tant des fonctionnaires que des administrés.

Cette constatation est contredite par une partie de la doctrine qui dénie à l'ordre hiérarchique toute réalité juridique. M. Duguit fait partie de ces auteurs, dont les efforts tendent, si justement, à assurer le triomphe de la légalité:

« Quant à l'instruction ou à l'ordre individuel adressé par le fonctionnaire supérieur à son subordonné, nous pensons, écrit-il, quoiqu'on ait quelquefois soutenu le contraire, qu'il ne produit point d'effet de droit et n'est *pas un acte administratif* proprement dit » (1). En réalité, il semble que, pour aboutir au même résultat, il ne soit pas nécessaire d'employer les mêmes moyens que lui : on peut reconnaître aux lois ce caractère et cette mission d'être créatrices de toute fonction publique et protectrices de nos libertés individuelles, sans nier pour autant l'activité administrative en proclamant l'inexistence juridique de l'ordre hiérarchique, et, par suite, du devoir légal d'obéissance hiérarchique.

Avant d'exposer dans les détails et de critiquer la doctrine de M. Duguit spéciale aux ordres hiérarchiques, il

(1) Duguit. *Manuel*, 1907, § 42, p. 221 et *Traité*, 1911, § 47, p. 229. Cf. *L'Etat*, t. II, p. 619.

faut reconnaître la logique de ce maître. L'affirmation que les *ordres* hiérarchiques n'ont aucune *réalité juridique* cadre parfaitement avec le système *général* de cet auteur qui bannit du droit public la *notion d'ordre* (1).

M. Duguit a aperçu fort nettement qu'il y a dans le monde, uniquement, des volontés individuelles, et que la volonté d'un groupe est, au total, la simple résultante des volontés des personnes qui le composent. Seulement, à l'en croire, toutes les volontés individuelles sont égales entre elles, et l'ordre ne pourrait exister, puisqu'il suppose qu'une volonté est supérieure à une autre et peut s'imposer à celle-ci. Là est le vice du système : M. Duguit a constaté avec raison qu'il n'y a partout que des volontés individuelles ; il y ajoute cette allégation inexacte que ces volontés individuelles sont toutes égales. Métaphysiquement, on peut soutenir peut-être que toutes les volontés sont égales en leur nature ; mais on ne doit pas s'arrêter là. Tout en admettant l'égalité des volontés en leur essence, il faut bien reconnaître, en fait, qu'il existe des volontés plus fortes les unes que les autres : l'inégalité d'énergie, de puissance, est possible entre les volontés ; par conséquent, le raisonnement de M. Duguit ne porte pas.

En dehors de ces considérations générales et philosophiques, l'argumentation de M. Duguit, pour démontrer que l'ordre hiérarchique en particulier (abstraction faite des instructions militaires) n'a aucune valeur juridique, peut être ramenée au dilemne suivant :

Ou l'ordre est illégal, ou il est légal.

(1) Cf. DUGUIT, *L'Etat*, t. I, p. 255 et 360.

Cf. la thèse très intéressante, mais souvent assez obscure, de GRELAT : *Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service*, Nancy, 1908.

Si l'ordre est *illégal*, il n'a pas d'existence juridique, par ce fait seul qu'il porte atteinte à la légalité. Et M. Duguit s'appuie ici sur sa conception théorique et métaphysique des volontés; pour sauvegarder l'indépendance des volontés, il les déclare détruites dès qu'elles ont été en contact avec d'autres volontés; il y a, selon lui, non pas simplement influence des volontés ou des forces extérieures, mais bien aussitôt absorption et destruction de volontés.

Si l'ordre est *légal*, il est un pur néant; donner l'ordre de faire ce que la loi elle-même exige, ce n'est rien ajouter à la loi. — Et M. Duguit se base ici sur sa conception théorique des lois, qui lient l'activité administrative au point de l'étouffer complètement sous leur étreinte.

* * *

L'*ordre illégal*, selon M. Duguit, ne peut avoir d'existence juridique.

Il convient tout d'abord de s'entendre sur une question préjudicielle : M. Duguit, en effet, affirme qu'est illégale l'instruction de service adressée à l'inférieur en vue de l'accomplissement d'un acte pour lequel la loi attribue à cet inférieur pleine liberté d'appréciation; il voit dans l'émission de cette instruction une violation du principe de la *séparation des compétences* (1). Le subalterne n'agirait pas seul si son supérieur lui indiquait sa manière de voir, il n'agirait pas librement si son supérieur pesait ainsi sur sa volonté.

(1) Duguit. *Manuel*, 1907, § 42, p. 222 et *Traité*, 1911, § 47, p. 229.

Cette conception n'est pas exacte parce que trop rigide et trop absolue.

Ce qui est vrai, c'est qu'en fait la liberté du fonctionnaire doit être utilement protégée : sa situation doit devenir plus sûre par l'établissement d'un statut légal. Seulement, pour que le principe de la séparation des compétences soit observé, il suffit que l'inférieur auquel la loi a attribué compétence prenne, *en son nom seul*, une décision conformément à cette loi. L'inférieur, tout en restant libre d'apprécier ce qu'il doit faire, peut prendre connaissance d'une instruction, de même qu'il peut et doit quelquefois prendre avis d'une autorité administrative déterminée par la loi. Malgré l'instruction de son supérieur, le subalterne est toujours libre, en droit, d'agir selon sa conscience et dans le plein exercice de ses pouvoirs. Les raisons que donne le supérieur peuvent amener le subalterne à modifier son opinion première et peuvent être une cause déterminante de sa décision. Ce qui importe juridiquement, c'est que l'inférieur prenne toujours la décision en son nom propre. Il n'y a pas à se demander comment, sous quelles influences, le fonctionnaire compétent a agi. Il suffit que, la décision une fois extériorisée, sa manifestation toute formelle soit bien l'œuvre exclusive de l'agent compétent : voilà uniquement ce que peuvent exiger les administrés (1).

Ainsi, le principe de la séparation des compétences n'est pas du tout atteint par l'émission d'instructions

(1) En ce sens, la jurisprudence du Cons. d'Et.. Cf. notamment Cons. d'Et., 7 juillet 1905, *Vittoriani*, Lebon, p. 611 : « Sur le moyen tiré de ce que les décisions du gouverneur n'auraient été prises qu'en exécution d'un ordre du ministre. Considérant que la circonstance que le gouverneur aurait agi sur l'ordre du ministre ne peut entacher d'illégalité les mesures prises par le gouverneur dans la limite de ses attributions ».

adressées à un subalterne auquel la loi attribue pleine liberté d'appréciation pour accomplir un acte donné; lorsque M. Duguit prétend démontrer que les instructions illégales sont inexistantes, son système ne peut s'appliquer à cette catégorie d'instructions.

En ce qui concerne, d'ailleurs, les instructions qui sont véritablement illégales, c'est-à-dire qui violent le principe de la subordination de l'administration à la loi (1), il est inexact aussi de prétendre qu'elles n'ont aucune réalité juridique. Si l'ordre hiérarchique n'a pas une force particulière, l'acte du fonctionnaire qui obéit à un ordre devient tout à fait inexplicable.

M. Duguit sans doute affirme que, si l'inférieur exécute une instruction, ce n'est pas à raison de l'existence juridique de cette instruction, c'est simplement à raison d'une pure *violence de fait :* parce que le fonctionnaire craint une répression disciplinaire.

En vérité, pour être juste et utile, un système ne doit pas faire rentrer de force les réalités dans des cadres rigides; il ne doit pas prétendre les plier et ainsi les fausser dans le seul but d'assurer l'application de principes indémontrés et arbitrairement préétablis. Ainsi procède M. Duguit, qui, ayant affirmé l'inexistence des ordres hiérarchiques, en arrive à prétendre, sous l'influence de sa conception théorique des volontés, que les peines disciplinaires ne sont que des violences de fait. Or, qu'on le veuille ou non, les peines disciplinaires constituent le *droit disciplinaire,* lequel n'est autre chose qu'une *sanction* aux obligations du fonctionnaire, notam-

(1) Loi constitutionnelle, 25 février 1875, art. 3.

ment à son devoir *légal* d'obéissance hiérarchique. Il devient d'ailleurs banal de constater que le droit disciplinaire tend à connaître et à observer les garanties de formes et de principes que l'on trouve dans les autres droits sanctionnateurs d'obligations, tel que le droit pénal : de mieux en mieux règlementé par des textes, il se juridictionnalise de plus en plus, et l'application des règles légales protectrices des fonctionnaires est assurée par un contrôle juridictionnel; le Conseil d'Etat, dont la jurisprudence sera ultérieurement analysée, déclare recevables, en effet, les recours pour excès de pouvoir intentés contre les décisions disciplinaires illégales. Dès lors, il n'y aurait à proprement parler voies de fait que si les supérieurs, pour contraindre leurs subalternes à exécuter leurs ordres, avaient recours à des moyens anarchiques, illégaux, ne trouvant dans les textes aucun fondement : ce qui n'est pas le cas du droit disciplinaire.

Le système de M. Duguit aboutit ainsi en dernière analyse à une négation de l'ordre hiérarchique et de l'obligation qui en découle, sous ce prétexte paradoxal qu'il existe un droit sanctionnateur de cette obligation. Si on l'adoptait, on ne pourrait plus parler d'aucune obligation juridique, puisque dans toute société humaine organisée l'observation de toute obligation est garantie par une sanction.

* * *

M. Duguit conclut ainsi tout à fait à tort de l'illégalité d'un ordre hiérarchique à son inexistence; c'est à la même solution — aussi inexacte — qu'il arrive dans le cas opposé, où l'ordre est conforme à la loi. Si l'*ordre* est *légal*,

il n'est, pense-t-il, qu'une copie de la loi, et n'ajoute rien à la loi; si le subalterne exécute l'acte à lui prescrit par un ordre légal, il n'obéit pas à l'ordre, il observe simplement la loi.

M. Duguit raisonne d'une manière abstraite et théorique, pour un pays imaginaire où les législateurs ne se contenteraient pas de poser les principes et les règles générales de l'activité administrative, mais détermineraient en outre jusqu'aux plus petits détails de son exécution et du fonctionnement des services publics. Dire que l'ordre de service, parce qu'il est pris en exécution de la loi, est une répétition pure et simple, un écho de la loi, c'est considérer la loi : telle qu'elle pourrait exister en une société idéale, mais non pas telle qu'elle est et peut être à l'heure actuelle. Dans l'état social où nous vivons, la loi ne peut prévoir tous les problèmes de l'action administrative, qui varient à l'infinie et se présentent sous des aspects toujours nouveaux. Et, cependant, à toutes les questions pratiques créées par des besoins sans cesse changeants, il faut chercher une solution. Il faut arriver à une vie régulière, normale et sûre de l'administration. Le législateur lui-même saisit les difficultés d'exécution de son œuvre; ainsi, souvent, il prévoit dans la loi même, non seulement des délais pour l'application de la loi, mais aussi un règlement d'administration publique pour la compléter dans ses détails. De plus, il prend soin, en nombre de matières, et spécialement dans les lois organiques des services publics, de conférer les pouvoirs les plus larges et de donner l'initiative la plus grande aux administrateurs.

C'est, du reste, pour tenir compte de ces faits, qu'a été imaginée la distinction doctrinale entre les décisions et les

dispositions (1). Les *décisions* supposent que le fonctionnaire est strictement lié par la loi qui a réglementé et les formes et le contenu de l'acte à accomplir par l'agent de l'administration; aucune place n'est laissée ici à l'initiative de l'administration; les instructions hiérarchiques ne peuvent intervenir en cette hypothèse que pour rappeler au subalterne l'existence de la loi ou pour interpréter cette loi, l'analyser en son sens et en sa portée : elles ne peuvent rien innover contre la loi. Les *dispositions*, au contraire, supposent la liberté de l'administrateur : liberté dans l'appréciation de l'opportunité de tel acte, ou dans le choix des moyens à employer pour arriver à un but donné. Et c'est là la règle générale dans l'administration, où les agents en principe sont « libres dans les limites fixées par la loi. » Cette distinction entre les décisions et les dispositions met fort bien en relief les pouvoirs différents que peut conférer la loi à l'administration; elle analyse très justement la notion même de la loi et son contenu.

C'est donc se méprendre gravement que de penser que la loi suffit à tout. C'est en fait chercher à lier toutes les activités à quelque chose de forcément imparfait et difficilement modifiable, et c'est tenter l'impossible. M. Duguit, d'ailleurs, n'a jamais nié l'existence juridique à côté de la loi des décrets et arrêtés ministériels; mais c'est là un illogisme dans son système. Pourquoi admettre la réalité de ces manifestations de volonté particulières de l'administration et nier par ailleurs celle des ordres hiérarchiques? Pourquoi ne pas supprimer tout ce qui n'est

(1) Cf. Otto Mayer. *Le droit administratif allemand*. Edition française, t. I, p. 129. — Laband, *Le droit public de l'empire allemand*. Edition française, t. II, p. 529 et 544.

pas la loi, avec les instructions, les arrêtés et les décrets. Et si l'on prend pour point fixe la loi et si l'on s'hypnotise sur elle, parce qu'elle représente la règle idéale de la solidarité, pourquoi s'arrêter au droit administratif?

Le champ d'application de ce système nihiliste s'ouvre beaucoup plus large. Si, pour assurer le triomphe de la loi, il faut nier l'activité de l'administration, il faut aussi nier les autres activités qui s'exercent en droit privé. Le contrat de vente, par exemple, dira-t-on, étant prévu dans la loi, la volonté des individus n'exerce aucune influence sur sa formation; la loi seule lui donnerait naissance et lui insufflerait la vie ! Certes, il faut considérer aujourd'hui que les particuliers, comme l'administration, ont, non pas des droits, mais des pouvoirs en vue d'exercer des fonctions : comme l'a dit M. Gounot (1), « c'est la volonté qui est au service du droit et non pas le droit au service de la volonté ». Seulement il serait néfaste pour le bien général de rejeter systématiquement la notion de justice individuelle et de faire abstraction de la volonté, de la force et des destinées individuelles.

Enfin, à pousser toujours plus avant le système, il faudrait affirmer que la loi ordinaire puisant sa valeur dans la constitution, n'a, par suite, aucune existence juridique. Les horizons du droit se borneraient alors au droit constitutionnel, droit si imparfait qu'en notre pays il n'a guère de corps et même pas de sanction.

Cette œuvre de destruction, d'anéantissement de toute la vie juridique, doit être résolument combattue. L'ordre

(1) Emmanuel Gounot. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Thèse de Dijon, 1912. — Cf. Hauriou, *Les deux réalismes*. Recueil de législation de Toulouse, 1912, t. VIII, p. 409.

hiérarchique, manifestation de l'activité administrative, a véritablement une existence propre.

* * *

Affirmer la réalité, la force particulière de l'ordre hiérarchique, c'est, du reste, tenir compte et des nécessités pratiques et de la loi elle-même.

La doctrine de M. Duguit offre, à cet égard, les plus graves *dangers*. D'après elle, le subalterne ne doit obéissance qu'à la loi, il ignore les instructions de son supérieur : la loi, seule, existe; l'ordre est un pur néant. En définitive, c'est au fonctionnaire inférieur qu'il appartient d'interpréter la loi, au point qu'il peut toujours alléguer une prétendue illégalité pour ne pas se conformer à l'ordre le plus légal et le plus urgent (1).

Cela revient véritablement à instituer l'*anarchie* dans les services publics. Naturellement, M. Duguit (2) proteste que « si l'agent est responsable quand il exécute un ordre contraire à la loi, il est également responsable quand il refuse d'exécuter un ordre conforme à la loi; ... le bon fonctionnement des services sera bien plus complètement assuré par la claire notion que tous les agents, depuis les plus élevés jusqu'aux plus humbles, auront de leur responsabilité que par un système de discipline passive qui amollit les caractères, annihile les volontés et atrophie les intelligences ».

(1) Cf. Hauriou. *Les idées de M. Duguit*, « Recueil de législation de Toulouse », 1911. — Hauriou et Mestre. *Revue du droit public*, t. XVII, 1902, p. 346.

(2) Duguit. *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 624.

Ce système de M. Duguit se comprend seulement à la condition d'admettre que toutes les lois sont claires et prévoient explicitement toutes les mesures nécessaires à leur application, en d'autres termes que les *législateurs* sont *parfaits*. Ou bien encore il suffit sans doute d'accepter ce postulat que les *fonctionnaires* connaissent et interprètent tous aussi bien la loi et qu'ils ont conscience et souci de leur responsabilité : en d'autres termes qu'ils sont eux aussi *parfaits*. Peut-être en sera-t-il ainsi dans la société future ; du moins il faut vivre avec l'Etat et les nécessités sociales de l'heure actuelle. Comme l'a écrit M. Hauriou, on ne peut qu'admirer l'optimisme de l'éminent maître qu'est M. Duguit : optimisme, qui rappelle à tant d'égards celui de Proudhon, par exemple (1).

En fait, pour sauvegarder les *intérêts des administrés*, on ne peut se contenter d'affirmer que le subalterne sera toujours responsable de ses actes, même s'il a commis la plus petite faute : une action en responsabilité dirigée contre un fonctionnaire inférieur sera tout à fait illusoire, si le dommage qu'il a causé est important ou si son patrimoine personnel offre peu de garanties. D'autre part, M. Duguit n'a pas fait seulement état dans ses discussions du contentieux de pleine juridiction, il a envisagé aussi celui de l'annulation (2). Admettant que l'ordre hiérarchique n'a aucune réalité juridique, il a dû en conclure que l'administré ne peut intenter aucun recours pour excès de pouvoir se basant sur un ordre hiérarchique ou dirigé contre un ordre. Le problème des recours sera longuement

(1) Cf. Hauriou. *Les idées de M. Duguit*, « Recueil de législation de Toulouse », 1911.

(2) Cf. Duguit. *Traité*, 1911, § 47, p. 229.

étudié dans la suite de ce travail; dès maintenant, il convient d'indiquer la solution antilibérale et préjudiciable aux particuliers que l'on doit logiquement adopter si l'on affirme l'inexistence juridique de l'ordre hiérarchique.

Ainsi, pour la satisfaction des besoins pratiques et la défense des intérêts qu'il est légitime de protéger, il est nécessaire d'admettre la réalité juridique de l'ordre hiérarchique. Sans doute, l'on doit respecter *la loi*, source supérieure du droit; mais, précisément, si l'on veut rester dans la ligne même tracée par la loi en cette matière des ordres hiérarchiques, on doit combattre la théorie outrée de la légalité soutenue par M. Duguit; il ne faudrait pourtant pas être plus légaliste que la loi : des textes de lois et même de constitutions prévoient, en effet, formellement et l'existence d'ordres hiérarchiques, et les sanctions encourues par l'inférieur en cas de désobéissance à ces ordres (1),

(1) Cf. *Loi des 7 avril-25 mai 1791*, organisant les ministères.

Constitution du 3 septembre 1791 : Le Roi peut adresser des *ordres* obligatoires aux administrateurs de département (art. 5) et de district (art. 7), et en cas de *désobéissance* persévérante les suspendre de leurs fonctions.

Les administrateurs de département ont les mêmes pouvoirs sur les administrateurs de districts (art. 6).

Constitution du 5 fructidor an III : Elle établit la hiérarchie suivante : Directoire exécutif, ministres, administration de département et administration municipale. Annulation est possible des actes « contraires aux lois ou aux ordres des autorités supérieures »; et au cas de désobéissance, la sanction de la suspension ou de la destitution est prévue et réglementée (art. 193-194 195 et 196).

Cf. Décret-loi du 25 mars 1862, art. 6 : pour les préfets. — Loi du 28 pluviôse an VIII, art. 2 : pour les préfets. — Décret-loi du 13 avril 1861, art. 7 : pour les sous-préfets. — Loi du 5 avril 1884, art. 92 : pour les maires, en tant que représentants du pouvoir central.

tout en soumettant d'ailleurs ces ordres non moins expressément au système de la légalité (1).

Les ordres hiérarchiques sont donc réellement des actes administratifs, engendrant un devoir légal d'obéissance hiérarchique.

---

(1) *Constitution du 22 frimaire an VIII :* elle institue les cadres actuels de l'administration.

Les ministres sont responsables « des ordres particuliers qu'ils ont donnés, si ces ordres sont contraires à la Constitution, aux lois et aux règlements ».

II

L'ordre hiérarchique, au titre d'acte administratif, se modèle sur la prérogative de l'administration

L'administration, ayant la fonction très générale d'exécuter les lois, laquelle comprend notamment la charge d'assurer la régularité et la permanence des services publics, possède certains pouvoirs ou certains moyens d'accomplir ses obligations. En fait, elle jouit d'une *prérogative*; son activité est particulièrement protégée et fortifiée; elle peut user de cette *action directe*, qui se retrouve, d'ailleurs, dans une société partout où il y a vie propre d'une institution : c'est en droit international la guerre, en droit industriel la grève, en droit constitutionnel la lutte des partis, en droit civil l'autorité paternelle ou maritale (1) ; en droit administratif elle se manifeste par le « privilège du préalable », tel que l'administration peut faire exécuter ses décisions par ses propres agents, sans le service d'un huissier et sans homologation d'un juge. Ainsi, au moment de l'exécution d'une décision administrative, l'action directe, privée, de l'administration bat en brèche la justice publique, sauf à celle-ci à reprendre ses droits, au moins après l'exécution : l'administration n'agit qu'à ses risques et périls, sauf à indemniser les particuliers du préjudice qu'elle leur cause; d'autre

(1) Cf. Hauriou. *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 23.

part, ses décisions exécutoires illégales peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et ainsi être annulées souvent avant toute exécution, bien que le recours ne soit pas suspensif. Certes, l'administration a pu échapper au juge ordinaire : elle a un « privilège de juridiction », tel que les particuliers ne peuvent, en principe, s'adresser aux tribunaux judiciaires qu'aux cas de voie de fait, c'est à-dire lorsqu'il n'y a plus acte administratif; du moins ils peuvent attaquer les actes de l'administration devant la juridiction administrative, maintenant devenue justice publique : l'action de l'administration est jugée de droit commun par le Conseil d'Etat, cet organe qui est assez juridiction pour être impartial, et au même degré administration, c'est-à-dire touche d'assez près à l'administration active pour être compétent dans le contentieux spécial des affaires administratives et pour faire plier l'administration et la tenir dans les mailles de la légalité.

Cependant, ce n'est pas du point de vue contentieux que l'ordre hiérarchique doit être ici examiné, mais seulement du point de vue de sa nature propre; et, aussi bien, que l'ordre hiérarchique, au titre d'acte administratif, se calque sur la prérogative administrative, cela explique le *but* auquel doit tendre la force exécutoire de l'ordre hiérarchique, le *point jusqu'auquel* s'étend cette force et la *manière* dont elle se manifeste.

*
* *

Conformément à l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, la tâche de l'administrateur se confine dans l'*exécution* de la loi; dans un état de droit conçu à la

française, la loi limite l'activité, non seulement des simples citoyens, mais de l'Etat lui-même. L'ordre hiérarchique peut d'ailleurs être exécutif avec des étapes successives : s'il intervient en exécution d'une mesure prise elle-même en exécution de la loi, s'il assure, par exemple, l'application d'un règlement, décret ou arrêté, il exécute toujours la loi, mais d'une manière plus lointaine, au second degré pour ainsi dire.

Ce caractère purement exécutif de l'ordre hiérarchique est de toute évidence lorsque l'ordre, règlant des détails d'application de la loi, intervient dans un service organisé et déjà fonctionnant.

Au contraire, dans certaines hypothèses, il se révèle moins nettement : cependant, il subsiste. Tel le cas où le supérieur adresse à son subalterne des « *instructions organiques* ». Celles-ci ont pour but d'assurer le meilleur fonctionnement des services en règlant des détails d'organisation ou en fixant la situation des agents de ces services; alors le supérieur ne vise et n'exécute pas une loi spéciale. Aussi est-on tenté de penser avec M. Hauriou (1) « qu'il est excessif de dire... que tous les règlements (ici les instructions) soient pour assurer l'exécution des lois », et que les instructions organiques tendent simplement à réaliser l'accomplissement de la fonction administrative. Certes, elles permettent à l'administration de remplir sa mission qui est de veiller à l'ordre public indispensable à la paix sociale, d'organiser au mieux les services publics, pour que les particuliers puissent en tirer des avantages continus et réguliers. Cependant, cette constatation faite, on ne peut véritable-

(1) Hauriou. *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 59 et p. 12.

ment nier que les instructions organiques ne trouvent leur fondement dans les *lois organiques* des services publics. Ces lois confient aux administrateurs la gestion des services publics; et par suite elles leur confèrent la faculté d'organiser les services dans l'intérêt public. Elles remettent au supérieur le pouvoir hiérarchique; et par suite elles lui donnent pouvoir de prendre, dans l'intérêt du service, les mesures règlementant la situation de ses subalternes La vérité est que les instructions organiques, non seulement ne doivent pas être contraires aux lois, mais doivent en outre être prises en exécution des lois : des lois générales organiques des services publics.

Affirmer ainsi le caractère exécutif des instructions organiques des services publics peut paraître surtout une conception théorique, si l'on considère l'*étendue des pouvoirs* que les lois organiques confèrent à l'administrateur. Il n'est pas ici question, bien entendu, de nier l'importance des obligations de l'administration tenue de garantir aux particuliers le bon fonctionnement des services publics; c'est dire que la loi ne doit nullement entraver par une règlementation, d'ailleurs pratiquement irréalisable, l'activité administrative, si complexe : surtout à l'époque moderne, où les devoirs des gouvernants, en même temps qu'ils se précisent dans la conscience de tous les administrés, augmentent en étendue. Les services publics, jugés nécessaires et réclamés par la collectivité, deviennent, en effet, de plus en plus nombreux. On ne se contente plus des trois services publics originaires : la guerre, la police et la justice (1); la transformation industrielle du XIX^e^ siècle a créé ou rendu plus intenses des besoins sociaux et

(1) DUGUIT. *Les transformations du droit public*, 1913, p. 48.

économiques qu'il faut maintenant satisfaire. La notion de service public domine dès lors tout le droit public moderne ; et il serait nuisible de tenter de la diminuer ou de nier les obligations des gouvernants qu'elle suppose.

Cependant, il est intéressant d'affirmer que toutes les instructions hiérarchiques, qu'elles soient organiques ou ordinaires, n'ont pour but que l'exécution des lois : on comprend mieux ainsi pourquoi « toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une *liberté* et toute organisation importante pour la garantie d'une liberté » (1) sont matière, non pas d'instruction, mais de *loi*. Pratiquement, un recours pour excès de pouvoir serait ouvert contre une instruction, qui, prétendant se baser sur la loi organique d'un service public, porterait atteinte à une liberté individuelle. Le Conseil d'Etat a été appelé à se prononcer à ce sujet à propos de décrets. Des décrets avaient institué des Conseils du travail; une chambre syndicale demanda leur annulation; le pourvoi fut rejeté parce que les Conseils qui avaient été créés n'avaient pas de pouvoir propre de décision, et n'étaient en réalité que des organes d'informations, n'apportant aucune entrave supplémentaire à celles établies par la loi (2). Cette jurisprudence s'applique *a fortiori* aux instructions hiérarchiques.

On a objecté que les règlements de police — et le raisonnement peut être étendu par analogie aux instructions de

(1) HAURIOU. *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 42 et 52.

(2) Cons d'Et., 19 février 1904. *Chambre syndicale des fabricants de matériel de chemins de fer*, LEBON, p 131.

Cf. JÈZE. *Revue de droit public*, 1904, p. 88.

De même le Conseil d'Etat a décidé que, si un règlement peut créer une incompatibilité électorale, la loi seule peut établir une incapacité. Cons. d'Et., 25 février 1905, *Electeurs d'Ounaing*, LEBON, p. 215.

police — restreignent souvent l'exercice des libertés (1). Avec M. Hauriou, il faut répondre que ces actes de police ne sont que pour assurer les lois de police, et que les autorités administratives ne peuvent adresser aux particuliers aucune injonction précise qui ne soit en germe dans une loi; en l'absence de base légale, elles ne peuvent qu'enjoindre d'une façon générale, d'avoir à faire disparaître la cause de désordre, en laissant entière la liberté du choix des procédés à employer.

* * *

Ainsi, l'ordre hiérarchique tend à l'exécution des lois; en d'autres termes, l'action légitime du fonctionnaire se fonde sur son caractère exécutif.

Le prolongement jusqu'à l'extrême limite de cette activité est l'exécution forcée de la loi. En présence d'une loi imparfaite, c'est-à-dire ne prévoyant pas de sanction à la prohibition qu'elle établit, le fonctionnaire peut imposer par action directe, par la voie administrative, les mesures d'exécution que la loi comporte. On ne peut prétendre, en effet, que l'exécution doit être judiciaire ou ne pas être; que le législateur n'a qu'à prévoir une sanction à ses commandements ou à ses défenses; et que, s'il ne le fait pas, l'intérêt public, qui en souffrira sans doute, doit fléchir devant la nécessité de garantir les libertés individuelles. En réalité, il faut admettre la possibilité d'user de la contrainte pour exécuter la loi, source première et impérative du droit; ainsi, le supérieur

(1) Duguit. *Manuel de droit constitutionnel*, p. 195.
Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 52.

hiérarchique peut légitimement ordonner à l'inférieur d'apposer des *scellés* pour assurer l'observation de la loi.

La jurisprudence a jugé légale l'apposition des scellés aux conditions suivantes (1) : les scellés, pour constituer une opération administrative, doivent avoir pour fondement un texte de loi précis imposant à l'administré une obligation (2); il faut, de plus, une désobéissance à la loi constituant un état de chose inconciliable avec le respect dû à la puissance publique; enfin, il importe que la loi ne fixe pas de sanction et que la mesure d'exécution forcée ait pour but uniquement d'en assurer l'obéissance. En conséquence, si l'apposition des scellés conduisait, par une prolongation inutile et abusive, à une vexation contraire à l'esprit de la loi, il y aurait voie de fait, relevant de l'autorité judiciaire et engageant la responsabilité personnelle du fonctionnaire.

Certes, il serait préférable que l'administration n'eût pas besoin de recourir pour faire observer la loi à de tels procédés qui troublent profondément la paix sociale (3) Il faut en tous cas reconnaître que, dans l'état actuel de

(1) Cf. 2e partie : *L'ordre hiérarchique. Les suites contentieuses de l'exécution*; cf. notamment Trib. des Confl., 24 mars 1889, *Dufeuille*, LEBON, p. 141, et S. 1897. 3. 32.

(2) Ex. Loi du 1er juillet 1901, art. 13 : Aucune congrégation ne peut se former sans une autorisation donnée par une loi; la loi du 4 décembre 1902 a d'ailleurs apporté une sanction à cette prohibition.
Loi du 9 décembre 1905, art 2 : Un ministre du culte ne peut occuper gratuitement le presbytère communal.

(3) Pour mettre un terme à l'exécution forcée des lois imparfaites, la solution suivante a été proposée : le Parlement pourrait voter un texte plus large que l'art. 471 no 15 du Code pénal, qui sanctionnerait par une amende de simple police toutes les décisions règlementaires de l'administration et non plus seulement les règlements de police.
Pour assurer l'exécution d'une loi imparfaite, l'autorité administrative alors prendrait un arrêté règlementaire En cas de résistance à cet

notre législation, ces moyens d'assurer l'application de lois imparfaites sont légaux, nécessaires et traditionnels (1).

Ainsi, est légitimée et conditionnée l'exécution forcée de la loi par l'agent subalterne de l'administration qui obéit à un ordre hiérarchique. C'est là tout le sens et l'efficacité qu'il faut attacher au caractère purement exécutif et de l'activité administrative et de la manifestation de cette activité par l'ordre hiérarchique.

* * *

L'ordre hiérarchique exécute la loi *dès* qu'elle existe : à ce principe l'*instruction diplomatique* ne déroge pas.

L'art. 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 confère au chef de l'Etat de larges pouvoirs en matière diplomatique. « Le Président de la République, y est-il dit, négocie et ratifie les traités »; il peut ainsi agir seul, sans l'intervention des Chambres, à la condition de ne pas violer les lois existantes, et sauf dans les cas mentionnés par l'art. 8 al. 2 et l'art. 9 de la Constitution (2). Cependant, en fait, les Chambres sont appelées le plus souvent

arrêté, contravention serait dressée ; elle serait portée devant le juge de simple police à qui il appartiendrait d'ordonner toutes les mesures d'exécution nécessaires comme suite de la contravention.

(1) Cf. Trib. des Confl., 2 novembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, S. 1904. 3. 17, avec conclusions Romieu et note Hauriou.— Note Chavegrin sous Cass. crim., 28 novembre 1902, 26 décembre 1902 et 2 janvier 1903, S. 1904. 1. 57. — Cons. d'Et., 12 mars 1909, *Huillon*, maire de Triconville, Lebon, p. 275, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Chardenet.

(2) Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 8, al. 2 : « Les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'Etat,

à donner leur avis lorsque le chef de l'Etat, compétent en matière diplomatique, ne le serait pas en matière de réglementation interne; le traité préparé, le Parlement vote une loi qui a pour but, non pas de ratifier le traité, mais d'autoriser le Président de la République à le ratifier et, s'il y a lieu, à le faire exécuter (1).

Ces principes et cette pratique rappelés, on peut classer en deux catégories les instructions diplomatiques, émises par le chef de l'Etat (ou par ceux qui agissent en son nom) selon qu'elles visent, soit la négociation d'un traité, soit son exécution.

Pour la préparation d'un traité, le gouvernement est libre dans ses initiatives; les Chambres peuvent lui tracer, mais non lui imposer une ligne de négociations. Le gouvernement français peut proposer à un gouvernement étranger ce que bon lui semble, sous réserve d'obtenir du Parlement l'autorisation de ratifier le traité, comme il vient d'être rappelé, et en tous cas lorsque le traité viole une loi antérieure. Il peut tenir secret le traité et toutes instructions diplomatiques, sauf à en donner « connaissance aux Chambres aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'Etat le permettent » (2); c'est ainsi que le livre jaune, publié par le ministre français des Affaires étrangères au moment qu'il juge opportun, ne comprend que les corres-

ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi ».

Art. 9 : « Le Président de la République ne peut déclarer la guerre sans l'assentiment préalable des deux Chambres ».

(1) Cf. Esmein. *Eléments de droit constitutionnel*, p. 522.
Cf. Pierre. *Droit politique, électoral et parlementaire*, 2e édit., p. 834.

(2) Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 8.

pondances et actes diplomatiques dont la divulgation n'offre plus aucun danger. En réalité, les instructions diplomatiques adressées en vue de la négociation d'un traité sont émises simplement en exécution de l'art. 8 de la loi constitutionnelle du 16 février 1875.

Il n'en est pas de même, généralement, des instructions prises dans le but de faire observer un traité : ces instructions visent souvent l'exécution, non plus seulement de la Constitution, mais d'une véritable loi spéciale.

Du point de vue international, tout d'abord, tous les traités ne sont pas de purs contrats : il y a des traités-lois. Ils peuvent d'ailleurs être normatifs, s'ils posent simplement une règle générale de conduite pour les Etats, tel, par exemple, le traité de Paris qui établit ce principe que le blocus doit être effectif. Ils peuvent aussi être constructifs, s'ils créent des procédés, des règles d'application d'une règle de conduite, tel, par exemple, le traité de 1899 touchant le respect de la propriété privée dans la guerre terrestre. On peut dès lors soutenir que les instructions, qui tendent à faire observer ces traités, ont pour but l'exécution de véritables lois internationales, reconnaissables souvent d'une façon toute formelle parce qu'elles renferment généralement la « clause d'accession ». Du point de vue du droit interne, en tous cas, il faut tenir compte du rôle, joué en fait par le Parlement; le plus souvent les Chambres votent une loi aux termes de laquelle « le Président de la République est autorisé à ratifier, et, s'il y a lieu, faire exécuter le traité »; elles transforment ainsi le traité, que le chef de l'Etat a le pouvoir de signer, en une véritable loi. D'où il suit, d'une part, que le traité peut alors déroger à une loi antérieure ; d'autre part, que les instructions diplomatiques, qui ont

pour but d'assurer l'application du traité, sont véritablement prises en exécution d'une loi interne spéciale. Ainsi, il n'est point de dérogation, malgré les apparences, à cette observation que l'ordre hiérarchique tend à l'exécution de la loi, dès le moment où elle existe.

III

L'ordre hiérarchique a même domaine que la prérogative administrative

Il s'applique, en effet, avec une force particulière sur certains points du domaine territorial où s'exerce l'action administrative : dans les colonies, et avec une portée générale sur le domaine juridique.

* * *

En raison du *domaine territorial* sur lequel elle agit, l'administration possède parfois des pouvoirs extraordinaires : la Constitution du 25 février 1875, qui pose la règle de la subordination de l'administration à la loi, ne vaut, en effet, que pour la métropole.

Dans les *colonies*, l'ordre hiérarchique, se modelant sur l'activité administrative, prend ainsi une importance considérable; il peut jouir d'une grande indépendance vis-à-vis de la loi, selon le régime spécial de la règlementation provenant de la métropole, et de la règlementation locale des autorités coloniales (1).

En ce qui concerne la *réglementation provenant de la métropole*, il convient de rappeler que nos colonies se divisent en deux groupes. Pour le premier, qui comprend

(1) Hauriou. *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 62 et 63.

nos anciennes colonies (Martinique, Guadeloupe et Réunion), il y a des matières strictement déterminées, dont les unes doivent être réglées par des lois (1), les autres par des règlements d'administration publique (2); pour toutes les autres matières non prévues et énumérées dans les textes, un simple décret suffit. Quant au second, il comprend les autres colonies, lesquelles sont soumises au régime du décret simple (3). Dans les cas d'ailleurs où la loi n'est pas obligatoire, rien n'empêche le Parlement de voter des lois spéciales pour les colonies, ou d'indiquer expressément qu'une loi de la métropole est applicable aux colonies. L'Algérie, qui rentre dans le second groupe des colonies, bénéficie très souvent de cette dernière mesure facultative pour les Chambres; en Algérie, du reste, s'appliquent de plus 1° la plupart des lois antérieures à 1834, date de la prise de possession définitive de l'Algérie (la jurisprudence faisant dans ces lois un triage assez arbitraire); 2° les lois qui modifient ces lois de la première catégorie, ce qui étend largement le champ des lois de la métropole applicables à l'Algérie (4); 3° les lois dites d'intérêt général, formule bien imprécise et très extensible.

Dans les matières où la règlementation peut être faite par décret, le pouvoir exécutif est législateur colonial; c'est dire que les ordres hiérarchiques peuvent être pris en l'absence de toute loi ou de tout texte pris en exécution d'une loi. Les ordres hiérarchiques, d'ailleurs, sources

(1) Sénatus-consulte du 3 mai 1854, art. 3.

(2) *Ibid.*, art. 6.

(3) *Ibid.*, art. 18.

(4) La jurisprudence de la Cour de Cassation est contraire à ce système. Cf. notamment S. 87. 1. 265 et note.

inférieures du droit, ne peuvent violer naturellement ni les règles provenant de la métropole lorsqu'elles existent, lois et décrets, ni celles provenant des autorités locales.

La *règlementation locale* peut, en effet, limiter la portée d'application des ordres hiérarchiques; elle offre une plus ou moins grande importance selon les possessions coloniales et leur degré de civilisation. On peut distinguer, en dehors des pays de protectorat où le pouvoir règlementaire de l'autorité indigène subsiste : 1° les territoires civils où les chefs hiérarchiques ont à compter avec les arrêtés règlementaires du gouverneur et les arrêtés municipaux; 2° les territoires mixtes où sont moins nombreux les arrêtés du gouverneur et où l'administrateur use déjà largement de son pouvoir instructionnel; 3° les territoires de commandement militaire où, à côté des règlements de l'autorité militaire, on ne rencontre comme source de droit normale que les ordres hiérarchiques, qui le plus souvent même sont verbaux. Ainsi le territoire militaire est naturellement le pays d'élection de l'instruction de service sous sa forme la plus grossière; ce régime n'a d'ailleurs rien de définitif pour une colonie : c'est un procédé transitoire, qu'il est nécessaire d'employer dans des régions à pacifier. La loi, le décret et même l'arrêté du gouverneur ne pouvant y pénétrer, on en revient forcément à l'état de police de jadis; l'administration y est pleinement indépendante et n'est soumise à aucune règle de droit : c'est un accroc inévitable au système de la légalité.

Exceptionnellement ainsi, l'ordre hiérarchique n'est pas pris en exécution d'une source supérieure de droit.

* * *

Le *domaine juridique* de l'ordre hiérarchique est *général*. Cela ne veut pas dire que l'ordre doive toujours avoir les allures règlementaires et ne puisse être simplement individuel. Qu'il soit général ou particulier, l'ordre hiérarchique est toujours susceptible de contraindre les fonctionnaires et de faire grief aux particuliers (1) : la jurisprudence, qui sera ultérieurement étudiée, a jugé recevables des recours pour excès de pouvoir dirigés contre un ordre hiérarchique individuel (2). Ainsi, un ordre hiérarchique peut être une véritable décision administrative visant un administré déterminé ; il peut aussi édicter des règles à l'égard de tous les administrés; le but qu'il poursuit en ce cas est, au surplus, toujours le même : assurer l'exécution d'une loi, organiser et faciliter la marche des services publics.

Dire que le domaine juridique de l'ordre hiérarchique est général, cela revient simplement à affirmer qu'il n'y a *pas de situation spéciale* à certaines administrations : il n'y a pas d'exceptions au caractère purement exécutif de l'ordre hiérarchique qui doit être légal, quel que soit le fonctionnaire auquel l'ordre est adressé.

* * *

Ainsi, dans tous les services publics, le régime colonial mis à part, l'ordre hiérarchique, manifestation de l'acti-

(1) Cf. en sens contraire Jèze. *Revue du droit public*, 1906. p. 246.

(2) Cf. notamment Cons. d'Et., 8 juillet 1910, *Abbé Bruant*, Lebon, p. 566, S. 1910. 3. 129 (note Hauriou) et D. 1911. 3. 41.

vité administrative, est subordonné à la loi : pris en exécution de la loi, il doit ne pas être contraire à la loi. Dans l'*administration militaire*, on ne peut trouver aucune dérogation à cette règle de principe.

Il faut tout d'abord nier la prétendue subordination absolue du militaire au civil.

A proprement parler, il n'y a pas d' « ordre hiérarchique » adressé au militaire par le civil, ou au civil par le militaire, selon que l'on se trouve dans l'état normal ou dans l'état de siège. En réalité, sont en présence deux hiérarchies distinctes qui se dressent l'une contre l'autre et se dominent l'une l'autre selon les moments. Une brève analyse de la situation militaire par rapport au civil est nécessaire pratiquement pour l'étude des relations des militaires entre eux : la portée des droits et des obligations du chef militaire qui reçoit une réquisition d'une autorité civile réagit forcément sur ses pouvoirs vis-à-vis du militaire subalterne.

En *temps de paix* a été proclamé le principe de la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil (1) : il fallait assurer la sécurité de ce dernier, et en même temps respecter la dignité du premier. Cette supériorité du civil se réalise par son droit de donner des ordres au militaire. Cependant le militaire n'est pas ravalé à un rôle d'obéissance passive; quand il reçoit une réquisition il doit l'examiner en la forme : considérer si elle émane bien d'une autorité civile compétente, s'il est compétent pour la recevoir, enfin si elle comprend la formule déter-

(1) Loi du 10 juillet 1791, titre III, art. 17.
Loi des 27 juillet-3 août 1791, art. 20.
Loi du 7 juin 1848; Décret du 7 octobre 1909; Décret du 20 mai 1903.

minée de commandement fixée par la loi (1). Si l'autorité militaire qui, autant que possible, ne doit pas être prise à l'improviste, ne peut satisfaire aux réquisitions de plusieurs autorités civiles, elle doit obéir à la réquisition de l'autorité hiérarchique la plus élevée ; et si les autorités sont de même hiérarchie elle doit obéir d'abord à la réquisition la plus urgente.

Ces différentes règles rappelées, la question qui nous intéresse plus directement est de savoir ce que peut commander l'autorité civile à l'autorité militaire. La loi du 10 juillet 1791 (titre 3, art. 17) est très explicite sur ce point : dans la réquisition, il ne peut être demandé au chef militaire que de réunir ses troupes en un lieu donné dans tel but déterminé, « les modes d'exécution sont laissés à la disposition du commandant militaire qui en sera responsable. » Contrairement au texte de la loi, formel sur ce point, diverses instructions ministérielles (2), ont voulu subordonner à tous égards le militaire au civil et ont déclaré que le chef militaire est tenu de suivre les procédés fixés par l'autorité civile pour atteindre au but indiqué ; elles sont illégales, absolument contraires à la loi de 1791. En réalité, le chef militaire, après avoir réuni ses troupes aux endroits déterminés par la réquisition, est maître de la tactique à employer; il est indépendant dans sa manœuvre, et il est responsable de la légalité de ses actes.

(1) Ainsi, le maire de Rignac (Aveyron) avait fait enfoncer, après sommation et avec l'aide de deux gendarmes, la porte de l'école laïque; les gendarmes furent frappés de huit jours de prison pour avoir obéi à une réquisition *illégale*.

Cf Jules Cauvière. *Discipline militaire et obéissance passive*, p. 118.

Cf. Instruction ministérielle du 24 juin 1903, interdisant d'obtempérer aux réquisitions non légalement formulées.

(2) Circulaires des 15 janvier 1905, 21 mars 1906 et 20 août 1907.

Ainsi, en droit, le militaire est loin d'être un instrument passif entre les mains du civil.

Dans l'*état de siège*, soit réel (1), en cas de guerre avec l'étranger, soit fictif (2), en cas de troubles intérieurs, les rôles sont renversés; les pouvoirs de l'autorité civile peuvent tous passer à l'autorité militaire; ainsi sont suspendues l'inviolabilité du domicile, la liberté de la presse et la liberté de réunion. Tous les auteurs sont d'accord pour dire à ce sujet que les ordres du militaire restent toujours limités par la loi. Si donc l'autorité militaire fait un acte que la loi ne lui donne pas le droit d'accomplir, il y a excès de pouvoir, et par conséquent possibilité d'intenter un recours en annulation contre l'acte, et une action en responsabilité contre le fonctionnaire militaire (3). Au total, aucune atteinte ne peut être portée au principe de la légalité dans les rapports du pouvoir civil et du pouvoir militaire.

A l'intérieur même de la hiérarchie militaire, c'est-à-dire dans les *rapports des militaires entre eux*, M. Duguit (4) veut établir, en droit, une véritable indépendance du supérieur par rapport à la loi, une servitude du subalterne qui doit obéir à l'ordre qu'il reçoit, quel qu'il soit. Contrairement à ses doctrines générales, il affirme que l'inférieur ne peut discuter la légalité de l'ordre qui lui est adressé.

Par ce changement complet de système en ce qui concerne les militaires, M. Duguit parvient à réaliser ce tour

(1) Loi du 10 juillet 1791; Décrets du 24 décembre 1811 et 10 août 1853.

2) Lois des 9 août 1849 et 3 avril 1878.

(3) Trib. des Confl., 26 juillet 1873, *Pelletier*, Lebon, p. 73, et S. 74. 2. 28.

(4) Duguit. *L'Etat*, t. II, p. 630.

de force de cumuler par les diverses solutions qu'il admet les différents inconvénients que peut présenter, en la matière, chacune des théories contraires. L'absolutisme de M. Duguit a abouti à un double résultat : d'une part, dans les services civils, il nie la réalité juridique de l'ordre hiérarchique et absorbe ainsi le devoir d'obéissance hiérarchique dans le devoir d'obéissance civique à la loi ; par suite, il livre ces administrations à l'anarchie : le fonctionnaire responsable de tout acte illégal examinera longuement l'ordre dans ses plus petits détails et sera tenu d'interpréter exactement la loi la plus obscure. D'autre part, dans les services militaires, il admet en dernière analyse un devoir légal d'obéissance du subalterne à tous les ordres mêmes illégaux ; c'est dire qu'il rend possible le despotisme, en le légitimant et en l'organisant ; il favorise les coups d'Etat, en érigeant un régime d'arbitraire dans un corps qui constitue la force matérielle de la Nation.

En vérité, le système de M. Duguit, en ce qui concerne les ordres militaires, semble plein de *contradictions*. D'une part, il ne paraît pas cadrer du tout avec la doctrine très générale que l'auteur professe, au terme de laquelle est bannie du droit public la notion d'ordre (1). D'autre part, il paraît une exception flagrante à la théorie de principe des ordres hiérarchiques, suivant laquelle les ordres hiérarchiques n'ont aucune réalité juridique (2). S'il n'y a pas d'*ordre en droit*, parce qu'il ne peut y avoir inégalité entre deux volontés, — par quels artifices peut-on soutenir que le chef militaire est en droit d'adresser tous ordres à ses subalternes qui, toujours, doivent les exécuter ?

(1) Duguit. *L'Etat*, t. I, p. 255 et 360.

(2) Duguit. *L'Etat*, t. II, p. 619 ; *Manuel*, p 221 et *Traité*, p. 229.

M. Duguit affirme que, dans les rapports des agents militaires entre eux, il n'y a *pas deux volontés* en présence : le supérieur a une volonté; le subalterne, lui, n'en a pas. Les militaires en corps constituent l'armée qui, pour les besoins du service et de la cause de l'auteur, ne forme qu'une même âme : chaque soldat n'est qu'une pièce de cette grande machine « qui ne peut fournir un travail utile qu'à la condition que tous les rouages soient étroitement dépendants les uns des autres » D'où il suit que « prise en corps, la force armée est un élément privé de volonté et d'intelligence, une *machine à contraindre*, et, si l'on parle d'obéissance de la force armée aux gouvernants, c'est pure métaphore, comme on dit que l'outil obéit à l'ouvrier, la machine au mécanicien » (1).

Ainsi, M. Duguit, sous l'influence d'ailleurs de sa conception théorique des volontés, supprime simplement un des éléments de la discussion, en affirmant son inexistence : sacrifice nécessaire pour éviter un illogisme évident ! Il faut remarquer que le soldat, pris isolément et non pour ce qui concerne le service militaire, reste un homme et a, par conséquent, les mêmes pouvoirs et les mêmes devoirs que tous les autres hommes ; M. Duguit l'affirme lui-même expressément. Cette concession faite ruine son système : il est difficile, en effet, de s'expliquer que le soldat soit subitement atteint d'aboulie, uniquement au cas où il reçoit un ordre concernant le service militaire, et simplement parce qu'il se trouve à côté d'autres hommes en corps.

En réalité, pour reprendre le raisonnement de M. Duguit, l'armée, comme tout groupement, est constituée par une

(1) Duguit. *L'Etat*, t. II, p. 630 et 633.

réunion d'individus; elle n'a d'autre volonté que celle des individus qui la composent; et, si l'on pose en principe que toutes les volontés sont égales en puissance, il faut admettre cette égalité en ce qui concerne les volontés des individus qui composent l'armée; il faut conclure à l'inexistence, d'une part, de l'ordre du chef militaire et, d'autre part, du devoir d'obéissance hiérarchique.

M. Duguit, en rejetant cette solution, veut évidemment tenir compte des nécessités du service militaire; mais il révèle manifestement les discordances fatales et le vice de ses théories unilatérales.

Par ailleurs, on comprend encore moins comment l'auteur peut accorder sa doctrine spéciale des ordres militaires avec sa *théorie des ordres hiérarchiques* (et non plus de l'ordre en général) au terme de laquelle il nie l'existence même de l'ordre hiérarchique et, par suite, du devoir légal d'obéissance hiérarchique qui incombe au fonctionnaire subalterne. Il a essayé de concilier juridiquement les deux systèmes, si contradictoires en somme, qu'il a adoptés pour le civil et pour le militaire. Le militaire, en effet, pas plus que le civil, n'obéit vraiment, affirme M Duguit, aux ordres hiérarchiques : il obéit à la loi, même s'il exécute des ordres illégaux; car, la loi de sa fonction, pour assurer une forte cohésion dans l'armée, ordonne au militaire inférieur de faire, non pas ce qu'il estime conforme au but de sa fonction, mais ce que son chef estime, de bonne ou de mauvaise foi, conforme à ce but.

Ainsi, la loi générale organique de la fonction permettrait au militaire de violer les lois ordinaires s'il en recevait l'ordre ! C'est une pure affirmation; pour légitimer une telle atteinte au système de la légalité, il faudrait un texte précis le permettant. La thèse de M. Duguit, en invoquant

simplement le soi-disant esprit des lois générales fonctionnelles du militaire, constitue une pure pétition de principe.

En réalité, s'il est vrai que l'interprétation par le supérieur d'un texte discuté peut lier le subalterne, il est non moins rigoureusement exact que jamais un supérieur ne peut aller franchement contre la loi ; que jamais un subalterne ne doit légalement obéissance à un ordre qu'il sait illégal, parce que tout le monde — et le supérieur lui-même — le tient pour tel. C'est une question de fait, — et qui sera ultérieurement examinée, — de savoir quelle doit être l'attitude du subalterne en face d'un ordre que le supérieur dit avoir pris en exécution d'une loi, et que l'inférieur juge illégal ; et l'on peut se demander jusqu'à quel point le subalterne est responsable de son obéissance à cet ordre. Seulement, c'est un principe indiscutable de notre droit, contredit seulement par M. Duguit, et non par une loi fonctionnelle, que le supérieur militaire n'a pas le droit d'émettre un ordre illégal et que l'agent inférieur est tenu de ne pas obéir à une instruction que tous, chefs et subalternes, tiennent pour illégale.

* * *

Dans l'*administration de la justice*, il faut de même appliquer le principe de la supériorité de la loi sur toutes les formes de l'activité administrative, et en particulier sur l'ordre hiérarchique ; il faut, par conséquent, refuser au garde des sceaux, supérieur hiérarchique, le droit d'intimer aux procureurs généraux, ses subalternes, *l'ordre de ne pas poursuivre l'exécution d'une loi pénale*. Il ne peut être

ordonné au ministère public de ne pas faire jouer l'action publique, et ainsi de ne pas saisir les tribunaux répressifs d'infractions pénales qui ne sont pas niables ou même souvent niées.

A l'encontre de cette opinion, M. Barthélemy (1) soutient que de tels ordres du garde des sceaux, qui constituent une pratique suivie par tous les gouvernements, sont conformes à nos lois, nécessaires, justifiés théoriquement par la complexité de l'Etat moderne; il est intéressant d'exposer ses divers arguments.

Ces instructions du garde des sceaux, remarque M. Barthélemy, sont traditionnelles. Il faudrait les connaître toutes pour comprendre, en certaines circonstances, l'inertie du Parquet. Avant la loi de 1907, il fallait, pour tenir une réunion publique, faire une déclaration préalable : que de réunions électorales ont violé cette prescription légale, et dont les organisateurs ne furent que très rarement inquiétés ! Et actuellement, que de délits de presse, de diffamation, d'injures à l'armée ne sont pas poursuivis ! Une circulaire du ministre du Travail, en date du 29 mars 1907, est célèbre : intervenue après un ordre du jour de la Chambre des députés, elle donne aux procureurs l'ordre de ne poursuivre ni les infractions à la loi sur le repos hebdomadaire, ni le paiement des condamnations déjà prononcées en application de cette loi.

En harmonie avec ces faits se trouve notre *législation positive*. Les tribunaux, en effet, ne peuvent se saisir d'office; seul le ministère public peut exercer l'action publique; or, le ministère public forme un corps fortement

(1) Barthélemy. *De la liberté du gouvernement dans l'application des lois*, « Revue du droit public », 1905, p. 717.

hiérarchisé, dépendant étroitement de son chef hiérarchique, le ministre de la Justice; on comprend ainsi comment le garde des sceaux peut et doit adresser à ses subordonnés telles instructions de service qui lui semblent nécessaires dans l'intérêt de la justice. Ainsi, nos lois permettent cette pratique du garde des sceaux; des textes prévoient même expressément la possibilité pour le ministre de la Justice de donner des ordres aux procureurs généraux (art. 274, Code d'instruction criminelle).

Si d'ailleurs nos lois doivent être interprétées véritablement en ce sens, elles répondent, en la circonstance, parfaitement à leur but; la loi ne doit être, en effet, que la traduction des *faits* et des *nécessités sociales*. La solution proposée, qui ne peut être évitée, n'offre pas les graves inconvénients que l'on prétend. Dire que le gouvernement peut empêcher la poursuite d'infractions à la loi pénale, ce n'est pas instituer le régime de l'arbitraire. Dans un pays démocratique, le gouvernement est toujours sous le contrôle de l'opinion publique; dans un régime parlementaire, les ministres sont responsables devant les Chambres. Au surplus, si le pouvoir conféré au garde des sceaux peut parfois offrir des dangers, il n'en doit pas moins être maintenu en droit; car, une pratique autre ne pourrait être suivie en fait. Si le ministère public poursuivait tous les orateurs antimilitaristes ou les auteurs d'écrits diffamatoires, il leur fairait beaucoup d'honneur en organisant une réclame à bon marché de leurs doctrines; il encombrerait aussi bien inutilement les tribunaux de nos grandes villes déjà suffisamment surchargées.

Si le ministère public poursuivait certaines infractions minimes et nécessaires, par exemple celle de la mère de

famille qui, pour nourrir ses enfants, dérobe un morceau de pain, il rechercherait une condamnation scandaleuse, ou bien irait au devant d'un acquittement utile seulement à étaler à vif les plaies sociales.

En réalité, les lois ne valent que pour un temps déterminé; elles ne répondent souvent qu'à des besoins passagers; elles naissent de circonstances qui peuvent disparaître, et, par suite, elles peuvent devenir tout à fait inutiles; il ne faut pas s'insurger à l'idée de voir inappliquées des lois inapplicables. Si l'on veut aller au fond des choses, on s'aperçoit que ce pouvoir conféré au gouvernement s'explique parfaitement dans la donnée si complexe de *l'Etat moderne*. Dire que, dans des circonstances bien déterminées, limitées comme elles le sont dans un régime démocratique et parlementaire, le fonctionnaire peut tenir en échec une volonté ancienne du législateur : cela se conçoit fort bien. D'accord avec l'opinion publique et les Chambres, le gouvernement peut ne pas appliqner une loi pénale sans mettre en branle tout l'appareil législatif, si incommode par sa grande lenteur. On ne peut parler, en effet, de séparation absolue entre les différents pouvoirs : il ne viendra, par exemple, jamais à l'idée de personne de critiquer la parcelle nécessaire de pouvoir législatif possédé par l'exécutif lorsqu'il fait des décrets ou des règlements. De même l'institution d'un tribunal administratif pour les affaires administratives est utile, non seulement parce qu'il faut un juge compétent en ces matières spéciales, mais encore parce qu'au point de vue constitutionnel un certain cumul des diverses activités fonctionnelles par chacun des pouvoirs politiques est pour ceux-ci une garantie indispensable d'indépendance. Il n'est pas douteux que les divers pouvoirs, dans l'Etat moderne, s'ap-

puient les uns sur les autres et enchevêtrent ainsi utilement leur action.

Quoique très séduisante par son réalisme, la doctrine de M. Barthélemy doit être rejetée.

La solution positive de notre droit est tout autre que celle de l'auteur (1). Le ministre de la justice n'exerce pas l'action publique. La loi a directement délégué cette action aux procureurs, dont les actes ont plein effet même s'ils sont contraires aux instructions du ministre. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens : la Cour de cassation a décidé, par exemple, qu'un arrêt attaqué avait formellement violé les lois « en décidant que l'action du ministère public était non recevable parce que le ministre de la justice ne l'avait autorisé qu'à exercer l'action disciplinaire et non l'action publique » (2). Par ailleurs, le ministre peut parfaitement adresser des instructions aux procureurs pour les guider *dans l'exécution* (mais non pas dans l'inexécution) des lois : il peut provoquer des poursuites. Mais une loi impérative, obligatoire, doit être appliquée tant qu'elle subsiste ; le Parquet a spécialement été institué à l'effet de poursuivre l'observation des lois pénales. Par conséquent, « les ministres ne peuvent ni anéantir, ni suspendre l'effet des lois pénales » (3). Au total, le garde des sceaux, supérieur hiérarchique, peut adresser des ordres à ses subalternes, les procureurs généraux ; mais nulle part la loi ne l'autorise

(1) Cf. GARSONNET. *Traité de procédure*, 2e édition, t. I, p. 291. — FAUSTIN-HÉLIE. *Traité de l'instruction criminelle*, 2e édition, t. I, n° 533 ; t. II, n° 586.

(2) Cass., 22 décembre 1827 (Dév. et Car., t. VIII, p. 731).

(3) Cass., 28 juillet 1814. BULLETIN, p. 79. — Cass., 14 avril 1815, *ibid.*, p. 49.

à la violer dans ces ordres; or, vouloir empêcher, par une instruction de service, le ministère public d'accomplir sa mission, qui est de poursuivre les infractions pénales, c'est donner un ordre illégal. Si, en fait, cet ordre est émis par le garde des sceaux, et est exécuté par le ministère public, il n'en reste pas moins *illégal*.

A la conception de M. Barthélemy, qui veut être réaliste, il faut de même opposer certaines *nécessités individuelles et sociales*. Le système de la légalité est essentiellement protecteur des libertés individuelles et tend à réaliser un état social équilibré et paisible : le garde des sceaux doit, comme un simple citoyen, respecter la loi qui subsiste tant qu'une autre loi ne vient pas l'abroger.

Tout autre régime serait, non seulement contraire au droit positif, mais encore mauvais en législation. Il peut mener, en effet, à l'arbitraire le plus détestable : en réalité, il est très difficile de contrôler ce pouvoir confié au garde des sceaux, d'empêcher l'application de la loi. Evidemment, dans un régime démocratique parfait s'exercerait une surveillance efficace de l'opinion publique; dans un pays parlementaire le ministre est responsable de ses actes devant les Chambres. Cependant, en fait, quand une instruction du garde des sceaux est adressée aux procureurs généraux, elle peut fort bien rester secrète; lorsqu'au contraire elle est connue et que l'opinion publique s'émeut, le gouvernement est interpellé; s'il obtient le vote d'un ordre du jour de confiance, le système de la légalité n'en est pas pour autant satisfait : cet ordre du jour voté par la Chambre des députés par exemple, et, à imaginer les hypothèses au mieux, voté même par le Sénat, ne suffit pas à couvrir l'illégalité de l'ordre émis par le garde des sceaux. La loi, manifestation en une

forme toute particulière de la volonté du Parlement, ne peut être abrogée que par une loi ; le contrôle des Chambres, quand il existe, ne suffit pas en droit; en fait même, très souvent il ne peut pas s'exercer. Il est donc nécessaire de refuser au garde des sceaux le pouvoir d'apprécier s'il faut ou non exécuter une loi.

Enfin, la théorie de M. Barthélemy n'est pas seulement dangereuse parce qu'elle va droit à l'encontre du système de la légalité, elle l'est encore parce qu'elle fausse profondément dans les esprits la notion même de la légalité. Ce fait peut être constaté si l'on reprend par exemple l'histoire des Congrégations ; dès l'an XII, des lois avaient proclamé la nécessité d'une autorisation conférant une existence juridique aux congrégations ; les décrets de 1880 furent pris en exécution de ces lois qui jusque là n'avaient pas été appliquées; or, très naturellement, nombre de gens, de très bonne foi, considérèrent ces décrets comme illégaux, alors que seule l'attitude du gouvernement antérieurement à 1880 avait été illégale (1). Cette déformation du droit dans les esprits est éminemment regrettable : « L'Etat, a dit Ihering, n'a pas de bien plus précieux à préserver et à cultiver dans la nation que le sentiment du droit : ce soin est un des devoirs les plus élevés et les plus importants de la pédagogie politique. Dans la santé, dans l'énergie du sentiment juridique de chaque citoyen, l'Etat possède la source la plus féconde de force pour lui-même, la garantie la plus sûre de sa propre durée à l'intérieur comme à l'extérieur ». La doctrine, qui est ici combattue, parce qu'elle amène les individus à croire illégal ce que la

(1) Cf. Trib. des Confl., 4 et 5 novembre 1880, *Marquigny*, S. 1881, 3. 81 (conclusions Ronjat).

loi ordonne, non seulement n'est pas du tout conforme à notre droit, mais encore ne constitue donc plus le régime idéal. La mission du législateur devient toujours plus complexe à remplir : les situations de plus en plus nombreuses à règlementer se différencient à l'infini dans leur nature, elles se présentent de manière fort différente et se modifient sans cesse ; des besoins nouveaux naissent, s'épanouissent, s'exacerbent, se déforment et se transforment. Le législateur doit tout d'abord comprendre qu'avant de commander il faut éclairer et instruire le corps social ; il ne doit réaliser que des réformes mûries, comprises par les intéressés, acceptées et par conséquent applicables. Dans sa tâche, il trouve d'ailleurs des collaborateurs dans les groupements professionnels, tels que les syndicats ouvriers et patronaux qui forment des contrats collectifs de travail, à allure générale et règlementaire, que l'on a pu comparer à des lois organiques du travail.

En tous cas, le législateur cherche sans cesse à faciliter l'exécution des lois. Ce fait enlève toute son utilité à la théorie de M. Barthélemy. C'est ainsi par exemple qu'il organise le plus souvent des régimes transitoires (1) et même parfois, stipule l'amnistie dans la loi même qui supprime un délit ou une contravention (2). En outre, lorsque ce passage d'une situation à une autre n'est pas prévu ou l'est mal, le Président de la République, pour des

(1) Cf. des exemples de dispositions transitoires dans les lois pénales, dans Garraud. *Traité du droit pénal français*, 2e édition, t. IV, p. 136, texte et notes 14 et 15.

(2) Cf. A. Le Poittevin, note sous Cass., 4 mai 1907, *Abbé Marchand*, S. 1908. 1. 54.

Ex. : La loi du 29 juillet 1881, en changeant le régime de la presse, stipule dans son art. 70 : « Amnistie est accordée pour tous les crimes

raisons d'opportunité ou d'humanité, peut user du droit de grâce qui lui est accordé expressément par notre Constitution. De son côté, le Parlement, s'il ne veut pas améliorer une loi votée, peut en adoucir la rigueur par une amnistie : une loi et non pas un ordre hiérarchique du garde des sceaux adressé aux procureurs généraux, peut empêcher l'application d'une loi. Evidemment, ce sont là des procédés qui ne vont pas sans inconvénient ; les Chambres ont véritablement énervé la répression par l'abus des lois d'amnistie. Seulement, croire que l'on en est réduit à ces moyens pour réparer les injustices de la loi, qu'il faut exécuter tant qu'elle est la loi, ce serait se faire une conception inexacte du contenu de la loi moderne, comme de la loi de tous les temps. La loi, si elle liait le gouvernement dans tous les points de détails de son application et toujours, se ruinerait aussitôt, car elle forcerait le pouvoir exécutif à la violer; une telle notion de la loi serait toute théorique : de même que la loi prévoit parfois pour son exécution des décrets ou règlements à intervenir, de même, pour s'assurer une application rationnelle, elle peut conférer au gouvernement des pouvoirs plus ou moins étendus.

Confiance doit être parfois donnée au gouvernement en le laissant juge de l'opportunité de l'exécution de la loi, encore doit-elle l'être ouvertement et légalement : la loi elle-même doit l'accorder et, au besoin, la limiter. Ainsi, est assurée une collaboration féconde du pouvoir législatif

et délits commis antérieurement au 16 février 1881 par la voie de la presse ou autre moyen de communication... » — Comp. l'amnistie en matière de faits relatifs au libre exercice du culte, amnistie correspondant à un changement de principes, par suite de la Révolution de 1848 : Décret du 10 mars 1848. *S. Lois annotées* 1848, p. 24.

et du pouvoir exécutif; en même temps est respecté le principe nuancé, mais inflexible, de la légalité. Liberté du pouvoir exécutif en certaines circonstances, soit ! mais liberté *légale* !

IV

L'ordre hiérarchique procède suivant la même voie que la prérogative administrative

L'administration, dans l'accomplissement de sa mission, use de l'action directe. Si l'*administré* attaque une décision administrative et saisit le juge administratif d'une demande en annulation, il ne saurait empêcher pour autant l'administration, si elle le veut, de réaliser, avant toute décision judiciaire, jusqu'au bout, ses prétentions. Elle emploie ainsi le moyen d'*autorité*. L'administré ne se présente pas dans cette hypothèse comme un collaborateur de l'administration, aidant cette dernière dans la gestion publique des services; il est un sujet qui obéit, et l'administration un maître qui commande.

L'administré est, en effet, *soumis à la loi* ainsi qu'à tous les commandements succédanés de la loi ; or, l'ordre hiérarchique, comme toute manifestation de l'activité administrative, est *présumé pris par le fonctionnaire supérieur dans le but d'appliquer la loi ;* il produit effet à l'encontre des particuliers qui doivent subir le privilège administratif de l'exécution préalable, sauf pour l'administration à réparer le préjudice qu'elle cause injustement, sous le contrôle de la légalité des juges administratifs.

*
* *

De même, le *fonctionnaire* doit obéir aux ordres pris en exécution de la loi, à raison de sa soumission légale et réglementaire à la puissance publique. Sa situation, en effet, est légale; c'est la loi qui organise la fonction et qui pose les principes de la nomination, de l'avancement et de la révocation des fonctionnaires, ainsi que leurs droits et obligations; elle s'applique à l'agent qui fait partie du service public d'une manière permanente et normale, elle trace sa compétence et définit son statut.

Le fonctionnaire, *sujet de la loi* et sur qui pèse une obligation légale d'obéissance hiérarchique, ne doit exécuter que des ordres légaux.

Croire à une *situation extra-légale* du fonctionnaire, parce qu'un *contrat* le liant à l'Etat interviendrait au moment de son entrée en service, serait adopter une opinion extrêmement dangereuse; alors le devoir d'obéissance hiérarchique existerait réellement, mais ne trouverait pas son fondement et sa limitation dans la loi. Ainsi, le subalterne serait tenu d'obéir à son supérieur, non parce qu'il doit exécuter, en raison de son devoir légal d'obéissance hiérarchique, les ordres légaux qu'il reçoit, mais parce qu'il serait obligé contractuellement d'exécuter purement et simplement les ordres adressés par son supérieur, représentant l'Etat, son co-contractant. Le supérieur hiérarchique pourrait donc commander tout ce que bon lui semblerait; l'inférieur devrait toujours obéir à ces ordres et exécuter toutes les mesures qui lui seraient prescrites. Le supérieur n'aurait pas à viser dans ses instructions un texte légal ou

règlementaire, l'inférieur devrait toujours se conformer à ces instructions.

Faire ainsi des fonctionnaires une classe à part dans la société, ce serait porter un coup terrible à l'état de droit et faire courir les plus graves périls aux libertés individuelles ; ce système, en effet, permettrait tous les coups de force et rendrait possibles mille injustices, à l'égard des particuliers, dans la vie administrative quotidienne. Les agents subalternes d'exécution seraient irresponsables dans tous les cas, puisqu'ils devraient toujours obéissance aux ordres hiérarchiques : cette irresponsabilité serait éminemment dangereuse. D'autre part, si les subalternes obéissaient à leur supérieur, étant à l'égard de l'administration dans un rapport de sujétion particulier, on serait tout naturellement amené à affirmer que l'ordre hiérarchique ne produit effet que vis-à-vis des fonctionnaires et ne touche nullement les administrés; de même que dans la théorie de M. Duguit, qui nie la réalité juridique des ordres hiérarchiques, les recours pour excès de pouvoir contre les ordres ne pourraient alors être déclarés recevables.

* * *

En réalité, il est faux d'affirmer l'existence d'un contrat, unissant le fonctionnaire à l'Etat : le fonctionnaire a une situation légale, et, par conséquent, son devoir d'obéissance hiérarchique a un caractère purement légal. L'obligation, qui incombe au subalterne d'obéir aux ordres de son supérieur, ne peut prendre naissance dans un contrat dont on ne saurait déterminer la nature. Elle ne peut être créée par un mandat qui serait donné par l'Etat au fonctionnaire; certes, celui-ci est révocable comme s'il y avait

mandat; mais, « ce prétendu mandat donne, à qui le reçoit, compétence pour accomplir des actes juridiques impossibles avant l'investiture du fonctionnaire; du même coup il est aux antipodes de la notion classique du mandat » (1).

Le devoir d'obéissance hiérarchique ne peut avoir pour source un louage de services; sans doute, le fonctionnaire a des droits pécuniaires, et l'Etat est responsable de la faute de ses agents (quand il y a eu non pas « fait personnel » de leur part, mais « fait de service »); seulement, cette idée d'un louage de services ne tient pas compte de la notion même de fonction publique; le droit privé n'arme pas les gouvernants d'un pouvoir assez fort, il ne leur permet pas d'accomplir leur mission qui est obligatoire et qui est leur seule raison d'être.

Il ne trouve pas plus son fondement dans un contrat de droit public (2), acte hybride, de puissance publique et en même temps contractuel, comportant accord de volontés pour l'acquisition de droits et pour l'engagement à des obligations réciproques; admettre ce système c'est déjà sentir que l'assimilation des fonctionnaires avec les salariés de la vie privée « sonne faux en ce qui concerne les pouvoirs de puissance publique auxquels les agents de l'administration sont soumis, et aussi en ce qui concerne la mission morale dont ils sont chargés dans l'intérêt du public, c'est-à-dire en ce qui concerne le ministère de service dont ils

(1) Cf. note Hauriou, sous Cons. d'Et., 13 Déc. 1889, *Cadot*, S. 92. 3. 17 et les autorités citées.

Cf. Nézard. *Théorie juridique de la fonction publique*, p. 192.

(2) Cf. Kammerer. *La fonction publique d'après la législation allemande*. Thèse doct., Paris, 1898.

sont revêtus » (1). En cette matière il est impossible de prendre un parti intermédiaire; si l'on trouve un contrat dans le cas d'engagement militaire, ce procédé n'est employé qu'à titre exceptionnel par l'administration.

La notion de contrat de service public est contradictoire ; toute idée de contrat doit être rejetée : le devoir d'obéissance hiérarchique n'existe que par la loi. Le soi-disant contrat de droit public ne produit pas du tout les effets essentiels du contrat de droit civil. D'un contrat résultent des avantages dont la valeur dépend des deux parties. Or, des modifications postérieurement à la nomination du fonctionnaire peuvent être faites à la situation de celui-ci par des lois, règlements ou arrêtés ministériels; ces actes unilatéraux et rétroactifs peuvent, par exemple, lui supprimer ou lui réduire son traitement (2). Le prétendu contrat de droit public ne se rapproche pas davantage du contrat par ses conditions de formation.

Sans doute, il y a, lors d'une nomination, acceptation de la fonction par le nouvel agent de l'administration. L'erreur commune est justement de croire, comme l'a si bien mis en relief M. le doyen Hauriou, que tous les phénomènes du consentement se ramènent au contrat. Même en droit privé, lorsque nous sommes gratifiés d'un legs, par exemple, nous en sommes avertis après la mort du testateur et nous acceptons; il y a bien là un consentement

(1) Hauriou, note sous Cons. d'Et., 15 février 1907, *Lacourte*, S. 1907. 3. 49.

Note sous Cons. d'Et., 13 Déc. 1889, *Cadot*, S. 1892. 3. 17.

Cf. *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 613.

Cf. Delpech. *Chronique administrative*, dans la « Revue du droit public », 1907, p. 463.

(2) Cons. d'Et., 16 décembre 1881, *Baude*, S. 1883. 3. 40.

de notre part, et pourtant passons-nous un contrat avec le défunt ou avec ses héritiers ? : « nous acceptons juridiquement un fait juridique ».Une personne non assujettie obligatoirement à la loi de 1898 sur les accidents du travail peut y donner son adhésion en vertu de la loi du 18 juillet 1907 ; il y a une acceptation, un consentement; où trouver un contrat? Par ailleurs, on ne saisit pas dans l'acte de nomination du fonctionnaire les autres éléments fondamentaux constitutifs du contrat. D'une part, il n'y a pas de discussion entre les parties : les lois et règlements fixent d'une manière absolue et générale l'entrée au service des fonctionnaires. D'autre part, il n'y a pas d'égalité entre les contractants. Il ne faudrait pas vouloir tirer argument de ce que le contrat collectif de travail dans l'industrie présente ces caractères généraux et règlementaires que l'on retrouve lors de l'institution d'un fonctionnaire. Il n'est pas douteux que la situation privée passe ici à un régime règlementaire et même légal. Le contrat collectif de travail, qui est une institution en voie de formation, intervient entre un groupe d'ouvriers (généralement un syndicat) et un groupe de patrons; édicté par les divers intéressés, le contrat collectif régit le travail dans une industrie déterminée; lorsqu'il existe dans une entreprise, les ouvriers qui s'embauchent se placent par leur consentement dans une situation préétablie, où tout est fixé et réglé avant leur entrée en service. (1)

Ainsi, alors que le contrat perd de plus en plus de son importance en droit privé, on ne peut comprendre qu'on veuille l'introduire de force en droit public.

(1) Cf. Emmanuel Gounot. *Le principe de l'autonomie de la volonté*. Thèse doct., Dijon, 1912, p. 289 et s.

Duguit. *Les transformations du droit public*, 1913, p. 129.

Hauriou. *Principes de droit public*, p. 212, et Hauriou, note sous Cons. d'Et., 23 mars 1906, *Demoiselle Chauvin*, S. 1908. 3. 18.

La doctrine contractuelle est non seulement inexacte, mais dangereuse. L'idée de *ministère de service public* est imprégnée dans la fonction administrative ; elle fait que la fonction répugne à devenir l'objet d'un contrat, tout en évoquant la mission qui incombe aux fonctionnaires d'assurer la marche régulière des services publics.

Si l'on admettait que les agents de l'administration se trouvent dans une situation contractuelle, une trop grande masse de fonctionnaires seraient intéressés à l'interprétation purement civiliste de ce contrat ; ils finiraient par imposer cette interprétation ; ils en tireraient immédiatement toutes les conséquences et revendiqueraient le droit de grève. (1) Les fonctionnaires seraient amenés à se croire en droit d'opposer un refus collectif d'accomplir leur besogne, pour faire capituler l'Etat-Patron « en le frappant au bon moment et à l'endroit sensible » : cette prétention serait tout à fait inadmissible. La doctrine contractuelle ne tient donc pas compte des nécessités mêmes des services publics de la continuité de ces services qui est indispensable à la vie nationale.

Le fonctionnaire privé de la « sacro-sainte protection du contrat » n'est d'ailleurs pas sacrifié : s'il n'est pas déjà un « fonctionnaire privilégié », c'est-à-dire à statut légal, il trouve du moins des garanties dans le statut jurisprudentiel élaboré par le Conseil d'Etat. Il faut d'ailleurs espérer que ce statut sera bientôt précisé et complété par des dispositions légales ou règlementaires. (2)

(1) Cf. DELPECH. *La grève dans les services publics*, « Bulletin de la Société des Amis de l'Université de Dijon », juin 1911, p. 49.

HAURIOU, note sous Cons d'Et., 15 Février 1907, *Lacourte*, S. 1907. 3. 49, et Cons. d'Et., 7 août 1909, *Winkel*, S. 1909. 3. 145.

(2) Cf. DEMARTIAL. *Le statut des fonctionnaires*, 1909. — Jacques BUS-

Il reste, les doctrines contractuelles repoussées, que l'obligation qui pèse sur le subalterne d'obéir à son supérieur est purement légale.

Tous les auteurs cependant n'ont pas voulu se cantonner exclusivement dans ce système. Laband (1), a tenté une nouvelle fois de faire apparaître, d'une manière détournée, la notion de contrat lors de la nomination du fonctionnaire. Il distingue, d'une part, le titre du fonctionnaire, qui présupposerait un service public et un *contrat*, et d'autre part, l'emploi ou attribution de compétence, qui découlerait d'un *acte unilatéral de puissance*. « Le contrat serait antérieur au rapport de service public et disparaîtrait seulement après l'entrée en fonctions, c'est-à-dire après épuisement de son propre effet ». Selon Laband, les rapports de service public « d'une part, ont pour base une convention libre et volontaire, et d'autre part, sont en leur contenu un rapport de puissance.... Ainsi donc, le service du fonctionnaire se distingue du service du sujet en ce que ce dernier doit l'exécuter sans s'y être engagé par une décision de sa volonté libre, et il se distingue du service de l'homme loué par l'Etat en ce que celui-ci est pour l'Etat un contractant de droits égaux aux siens. Le rapport de service ainsi délimité par cette double opposition, constitue le criterium décisif et essentiel de la notion juridique du fonctionnaire... Par le rapport de service le fonctionnaire se voue à l'Etat, s'engage à un dévouement particulier, à une obéissance particulière ». L'argument

QUET. *Les fonctionnaires et la lutte pour le droit.* Thèse doct., Lyon, 1910. LE GROM DE MARET. *Du statut des fonctionnaires dans son rapport avec les droits de syndicat et de grève.* Thèse doct., Paris, 1910.

(1) Paul LABAND. *Le droit public de l'empire allemand*, édition française de la Bibl. intern. de droit public, t. II, p. 106

invoqué en faveur de cette théorie est d'ordre historique (1).

Dans le droit privé du moyen-âge, Laband a trouvé des rapports de même genre : il cite l'exemple de la commendation, « ce contrat féodal de fief qui fondait, non un rapport de contrat, mais un rapport d'autorité et de subordination ».

A l'encontre de ce système, on a fait remarquer que le contrat de fief comportait des devoirs intermittents et qu'il était en principe exclusif de la liberté du protégé ; pour continuer l'assimilation du fonctionnaire moderne au vassal du moyen-âge, ne devrait-on pas dire que tout fonctionnaire est irrévocable et ne peut démissionner ? En tous cas, Laband fait un amalgame tout à fait bizarre et choquant « d'idées qui hurlent d'être accouplées » ; en vérité, s'il y a rapport de puissance et par conséquent inégalité flagrante entre l'Etat et le fonctionnaire, il n'y a pas contrat, il y a acte unilatéral de l'Etat.

Ainsi, lors de la nomination d'un fonctionnaire, c'est l'Etat chargé du fonctionnement des services publics qui intervient ; c'est l'Etat-puissance qui assure « l'accomplissement d'une certaine besogne considérée comme touchant aux intérêts essentiels de la collectivité ». Certes, en fait, aujourd'hui, « n'est fonctionnaire qui ne veut » ; c'est sur sa demande que le fonctionnaire entre dans les services civils de l'administration. Seulement, cette pratique est une simple tolérance due uniquement à l'abondance des candidats. Si leur nombre diminuait, les fonctions devenant une véritable charge pour leur titulaire, l'Etat obligerait les individus à devenir ou à rester fonctionnaires ;

(1) Cf. Fustel de Coulanges. *Les origines du système féodal*, p. 192.

c'est ce qui s'est passé au Bas-Empire, notamment pour les décurions, chargés du recouvrement des impôts. Ce qu'il faut retenir ici, c'est cette idée que l'acte de nomination d'un fonctionnaire est unilatéral ; en effet, au moment de la collation d'un emploi public, il n'y a *pas de contrat*, d'aucune sorte, passé entre le fonctionnaire et l'Etat. Le fonctionnaire doit donc se conformer à l'ordre hiérarchique légal qu'il reçoit, uniquement parce qu'il est soumis à la loi qui prévoit expressément un devoir légal d'obéissance hiérarchique.

Au total, un ordre hiérarchique intéresse à des titres différents deux catégories de personnes, les *fonctionnaires* et les *administrés*, qui, les uns et les autres, se trouvent dans une situation *légale*. Restent donc à considérer, par l'étude des suites contentieuses de l'exécution de l'ordre hiérarchique, et le rôle des agents de l'administration, et les pouvoirs des particuliers pour se protéger contre cet ordre qui possède véritablement une *force* propre.

DEUXIÈME PARTIE

L'ordre hiérarchique

Les suites contentieuses de son exécution

Dans l'examen des suites contentieuses de l'exécution de l'ordre, deux points de vue vont naturellement jouer. Il convient d'analyser : d'abord, les rapports des *fonctionnaires* entre eux, et leur rôle dans l'administration hiérarchisée ; puis, les relations des fonctionnaires et des *administrés*, et les pouvoirs de ces derniers atteints par l'exécution ou la menace d'exécution d'un ordre hiérarchique. En d'autres termes, il faut concilier, d'une part la *hiérarchie* obéissant à ce qui est légalement ordonné, d'autre part la *légalité* mesurant l'effet et les destinées de l'ordre hiérarchique.

I

La hiérarchie

Le rôle des agents

Un devoir légal d'obéissance, rigide et absolu, pèse sur le subalterne à l'égard de tout ordre légal, c'est-à-dire pris en principe en exécution d'une loi et non contraire à la loi.

Poser simplement cette règle ne suffit pas : il faut remarquer qu'*en fait*, bien souvent, il se trouve des fonctionnaires qui, par ignorance ou par calcul, adressent à leur subalterne des *ordres illégaux*. Il convient donc de se demander quelle doit être l'attitude de l'inférieur en face des ordres hiérarchiques qu'il reçoit, c'est-à-dire chercher qui, *à l'intérieur de la hiérarchie*, dans les rapports des fonctionnaires entre eux, est compétent pour *juger de la légalité* d'un ordre hiérarchique. Le subalterne est-il toujours compétent à cet effet? Lui donner une liberté complète dans l'examen de la légalité de l'ordre, c'est revenir indirectement aux conséquences néfastes de la théorie générale des ordres hiérarchiques de M. Duguit ; c'est introduire l'anarchie dans les services publics. Au contraire, le supérieur peut-il toujours imposer à son subalterne sa manière d'interpréter la loi? C'est adopter alors

les conséquences éminemment dangereuses des théories contractuelles; c'est courir au devant du despotisme.

Aussi, doit-on toujours côtoyer ces deux profonds abîmes, l'anarchie et le despotisme. Il convient pourtant de s'en écarter avec autant de prudence que de défiance : de défiance, parce qu'attirants par leur apparente simplicité ils conduisent au néant; de prudence, parce qu'il suffit de s'éloigner brusquement de l'un pour se retrouver, aussitôt, précipité dans l'autre. Entre ces deux abîmes, il n'y a qu'un chemin étroit, qu'il faut suivre : la voie de l'équilibre. Comme l'a fort justement remarqué Fénelon : « La liberté sans ordre est un libertinage qui attire le despotisme, l'ordre sans la liberté est un esclave qui se perd dans l'anarchie » (1).

---

(1) Fénelon. *Examen de conscience sur les devoirs de la royauté*, 1838, p. 351.

A

Le subalterne en face d'un ordre hiérarchique

Deux idées, en absolue opposition, tentent l'esprit. Ou bien le subalterne peut et doit discuter la légalité de l'ordre qu'il reçoit ; et il est responsable de tous ses actes du fait seul qu'on lui confère ce droit de discussion illimité. Ou bien le subalterne a un devoir d'obéissance absolu ; par suite, il n'engage jamais sa responsabilité en exécutant purement et simplement une instruction, quelle qu'en puisse être la valeur légale ; en somme, l'obligation pour le supérieur d'adresser à son subalterne un ordre légal ne rejaillit nullement sur le subalterne, qui doit obéir à tout ordre hiérarchique.

De la solution adoptée dans ce problème, dépend la question de savoir si et comment est encourue une *responsabilité* par le subalterne.

Les partisans du *droit de discussion illimité* du subalterne admettent en définitive les conséquences pratiques du système général de M. Duguit ; cependant, ils pensent que ce n'est pas, pour autant, revenir à ses conceptions théoriques, nier toute réalité juridique à l'ordre hiérarchique. (1) Le devoir d'obéissance hiérarchique et la légalité ne

(1) Cf. notamment Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1884, p. 122, note 5.

peuvent, selon eux, être combinés que par l'affirmation de principe que l'ordre n'est légal, et le devoir hiérarchique engagé, que si en principe l'ordre est pris en exécution d'une loi et n'est pas contraire à la loi : pour que cette règle ait quelque efficacité pratique, le *subalterne* qui exécute un ordre illégal doit engager *toujours* sa *responsabilité*. Le subalterne encourt ainsi une responsabilité pour tous ses actes illégaux, même pour ceux qui sont accomplis en conformité avec un ordre hiérarchique; seulement, en toute équité, il faut bien lui reconnaître un droit absolu et intangible de juger de la légalité de tout ordre hiérarchique. Au total, la responsabilité du subalterne est lourde, mais nécessaire pour assurer le respect du droit; on doit lui accorder, à tout le moins, la possibilité de ne pas l'encourir.

Proclamer ainsi le droit illimité du subalterne de discuter la légalité de tous les ordres qu'il reçoit, c'est là, soutiennent les partisans de *l'obéissance passive*, un système qui introduirait l'anarchie dans les services publics. Ou bien le subalterne qui devra discuter les ordres hiérarchiques en raison de sa responsabilité même, sera toujours en lutte avec son supérieur : d'où des lenteurs et le manque d'unité de vues dans l'administration. Ou bien il se contentera de se taire, mais n'exécutera rien : d'où l'inertie et l'arrêt dans le fonctionnement du service. Aussi bien ces auteurs pensent qu'il n'est pas du tout nécessaire de faire peser la plus légère responsabilité sur le subalterne qui obéit à un ordre hiérarchique ; et, comme l'illégalité d'un ordre n'engage que la responsabilité du fonctionnaire qui l'a émis, le subalterne doit toujours obéir. Le fonctionnaire *supérieur* encourt *seul* une *responsabilité* si l'ordre qu'il adresse à son subalterne est illégal; c'est

tenir compte des exigences de la légalité : le supérieur ne doit émettre que des ordres légaux; et c'est appliquer, en même temps, les conséquences de la hiérarchie : le supérieur possède le pouvoir de donner des ordres à son subalterne qui a l'obligation de s'y conformer. Le supérieur interprète la loi; et son subordonné doit s'incliner devant cette interprétation qui, à l'intérieur de la hiérarchie, est présumée exacte : présomption nécessaire à la bonne marche des services, parce que le supérieur est supposé de par sa fonction même plus instruit et plus compétent que l'inférieur, parce qu'il est chargé d'imprimer à la machine administrative l'unité de direction nécessaire, enfin parce qu'il est seul responsable.

Cette théorie de l'obéissance passive a été présentée tout d'abord pour assurer la discipline militaire qui, selon l'expression consacrée, fait la force des armées (1). C'est ainsi que Trébutien (2) affirme d'une façon absolue que « le soldat est tenu à une obéissance complète et immédiate, il n'a pas à discuter l'ordre de ses chefs, il n'a qu'à l'exécuter, sinon il se rendrait coupable d'insubordination »; et pour fortifier son argumentation, Trébutien cite un texte de Saint-Augustin (3).

Des auteurs, plus logiques, ne font aucune différence de principe entre le militaire et le civil; ils affirment qu'à tous fonctionnaires incombe un devoir d'obéissance hié-

(1) Cf. Vivien. *Etudes administratives*, p. 138.

(2) Trebutien. *Cours élémentaire de droit criminel*, 2e édition, t. I, p. 403.

(3) Saint Augustin. « *De civitate Dei* », Lib. I, cap. xxvi : « Nam et miles, quum obediens potestati sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suæ lege reus est homicidii; immo, nisi fecerit, reus est imperii deserti atque contempti. »

rarchique absolu. « Le fonctionnaire, pense Trolley (1), doit ou exécuter les ordres qu'il reçoit, ou résigner son mandat ». C'est là aussi l'opinion de Lakanal (2), qui invoque, d'une part, l'autorité de Barbeyrac (3) et, d'autre part, celle d'un texte de droit romain (4).

Les partisans de l'obéissance passive ne se contentent d'ailleurs pas d'évoquer, outre la notion même de la hiérarchie, l'opinion d'auteurs anciens; ils prétendent que leur solution est conforme à notre législation positive.

En réalité, ils ne peuvent pas citer à l'appui de leur thèse l'art. 114 § 2 du Code pénal qui porte que « Si néanmoins il (le subalterne) justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre »; ce texte, qui ne vise d'ailleurs que des cas exceptionnels, exempte simplement l'inculpé de la peine; c'est dire qu'il prévoit uniquement le jeu d'une excuse absolutoire et laisse entière la culpabilité de l'agent.

Ils ne peuvent pas non plus s'appuyer sur l'article 64 du Code pénal qui décide qu' « Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à

(1) Trolley. *Cours de droit administratif*, t. I. p. 94, nº 48.

(2) Lakanal. *De la responsabilité des fonctionnaires publics*, « Revue générale d'administration », 1884, t. I, p. 42 et 43.

(3) Barbeyrac est le commentateur de Grotius; son opinion sur ce point est contraire à celle de Grotius. *Du droit de la paix et de la guerre*, t. I, p. 123.

(4) Digeste, L. 27 Ad leg. Aquil. : « Liber homo, si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliæ cum eo est qui jussit, si modo jus imperandi habuit. »

laquelle il n'a pu résister »; ce texte efface toute faute de l'agent : si le seul pouvoir hiérarchique engendrait une contrainte à laquelle le subalterne ne pourrait résister, l'art. 64 rendrait l'art. 114, qui organise de simples excuses absolutoires, ou inutile, ou plus rigoureux sans raison. L'application de ces textes sera d'ailleurs étudiée dans tous ses détails lors de l'examen de la responsabilité pénale du fonctionnaire subalterne vis-à-vis des particuliers; ces simples observations suffisent maintenant pour démontrer que les *textes* du Code pénal sont *contraires* à la thèse des théoriciens de l'obéissance passive.

Dès lors, il reste en faveur du système la seule affirmation que l'institution de la hiérarchie exige un devoir d'obéissance absolu du subalterne. Devoir d'obéissance, certes il est nécessaire; mais, pourquoi absolu? Pour éviter l'anarchie faut-il donc tomber délibérément dans le despotisme?

Ce système est éminemment dangereux : non seulement parce qu'il rend possibles tous les coups de force, mais aussi parce qu'il peut s'appliquer continuellement dans la vie quotidienne, où souvent des instructions de service, sous prétexte d'interpréter les lois pour les exécuter, les violent d'une façon flagrante.

* * *

Frappés par les inconvénients pratiques des deux doctrines générales et absolues qui conduisent l'une à l'anarchie, l'autre au despotisme, des auteurs, ne cherchant d'ailleurs nullement à accorder la solution qu'ils proposent avec notre législation positive, ont essayé d'édifier des *systèmes théoriques intermédiaires.*

En réalité, on ne peut tout d'abord admettre que le subalterne, pour dégager sa responsabilité, soit tenu simplement de se conformer à un *devoir de remontrance.*

Vivien (1), déjà, parlait pour les fonctionnaires d'un droit, mais non pas d'une obligation de représentation ou de remontrance : « exercé avec convenance et respect, il éclaire l'administration sans l'entraver; mais l'exécution provisoire, s'il y a lieu, est le devoir de l'agent, et la décision souveraine le droit du pouvoir qui a donné l'ordre. Ainsi se concilient les scrupules du fonctionnaire, qui n'est pas une machine aveugle et sans discernement, avec les prérogatives du pouvoir responsable, dont les résolutions doivent prévaloir partout et toujours ».

Des auteurs allemands (2) vont plus loin que Vivien : ils affirment que le fonctionnaire, qui reçoit un ordre illégal, n'est pas tenu de l'exécuter immédiatement, mais a le devoir d'adresser auparavant des observations respectueuses à son supérieur; si celui-ci persistait dans sa manière de voir et réitérait son ordre, le subalterne devrait obéir malgré l'illégalité de l'ordre, et il ne pourrait encourir alors aucune responsabilité du fait de l'exécution de cet ordre confirmé. Ainsi est accordée à l'inférieur la possibilité d'intenter en quelque sorte un recours gracieux, d'en appeler au supérieur même qui a émis l'ordre, du fonctionnaire mal informé au fonctionnaire mieux informé.

Cette théorie allemande doit être rejetée. Pratiquement, tout d'abord, lorsque l'inférieur recevra un ordre impératif, il n'osera certainement pas présenter des remontrances

(1) VIVIEN. *Etudes administratives*, p. 138.

(2) Cf. KAMMERER. *La fonction publique d'après la législation allemande.* Thèse doct., Paris, 1898, p. 214.
GERBER, § 36, p. 118; RÖNNE, *Preussiches Staatsrecht*, III, § 258, p. 475.

même très respectueuses à son supérieur, si, comme en droit francais, ces remontrances ne sont pas expressément autorisées par un texte de loi. D'autre part, lorsque le supérieur adresse un ordre assez important à son subalterne, il sait fort bien quand la légalité de cet ordre est douteuse; il est bien superflu le plus souvent de le lui faire observer. La plupart du temps il ne reviendra pas sur ses injonctions, il mettra au contraire son point d'honneur à les confirmer. Théoriquement, comme le remarque Labaud (1), la solution proposée n'en est pas une; le fait que l'ordre a été donné deux fois ne change pas la nature de l'ordre qui reste illégal la seconde fois s'il l'était la première. Ce serait véritablement une métamorphose incroyable que cette transformation d'un ordre illégal en un ordre légal par une simple confirmation. En bonne équation un ordre illégal et un ordre illégal font deux ordres illégaux et non pas un ordre légal. Enfin, dans notre législation positive, en l'absence de textes spéciaux qui admettent expressément cette « théorie de l'acte respectueux » et qui se rencontrent en certains pays étrangers (2), mais nullement dans nos lois : il faut rejeter tout système qui, contrairement à l'art. 65 du Code pénal (3), établit en certaines hypothèses une présomption générale de non-culpabilité en faveur du subalterne.

(1) LABAND. *Droit administratif*, t. I, p. 419.

(2) Constitution wurtembergeoise, § 53, al. 2, et loi saxonne de 1835, § 7.

(3) Art. 65 du Code pénal : « Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse ».

En tous cas, pour concilier les deux théories opposées, d'une part de l'obéissance passive du subalterne, d'autre part de la discussion illimitée par le subalterne de l'ordre hiérarchique, pour en atténuer les termes absolus, on ne peut chercher à faire des distinctions selon la *nature même des lois violées* par l'ordre hiérarchique.

D'une part, on ne peut pas affirmer que le fonctionnaire inférieur n'est pas tenu d'obéir à un ordre qui serait en contradiction avec un texte de loi *clair* (1). Dans ce système, le problème reste entier; tout au plus, il n'est que déplacé; la question se pose alors de savoir non plus qui, du subalterne ou du supérieur, sera juge de la légalité de l'ordre, mais qui pourra et devra décider que le texte de la loi est clair ou obscur. D'autre part, on ne peut penser que le fonctionnaire a le droit de se refuser à exécuter un ordre, si cet ordre est contraire aux lois *naturelles* ou aux lois fondamentales de l'Etat (2) ; comment, pratiquement, déterminer ces lois : qui devra donc décider que telle loi violée dans un ordre hiérarchique a bien cette qualité pour ainsi dire de « loi supérieure » ? Enfin, pour remédier à

(1) Georges MEYER. *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, p. 450.

(2) Dans le sens de cette opinion que l'obéissance ne doit point être aveugle et qu'elle ne peut porter les hommes à violer les *lois de la nature* : cf. l'*Encyclopédie*, t. II, p. 298, au mot « Obéissance », où l'exemple suivant est donné :

« Charles IX, dont la politique inhumaine le détermina à immoler à sa religion ceux de ses sujets qui avaient embrassé les opinions de la Réforme, non content de l'affreux massacre qu'il en fit sous ses yeux et dans sa capitale, envoya des ordres aux gouverneurs des autres villes du royaume pour qu'on exerçât les mêmes cruautés sur ces sectaires infortunés. Le brave d'Orte, commandant à Bayonne, ne crut point que son devoir pût l'engager à obéir à ces ordres sanguinaires; j'ai communiqué, dit-il au roi, le commandement de V. M. à ses fidèles habitants et gens de guerre de la garnison, je n'y ai trouvé que bons citoyens et braves soldats, mais pas un bourreau : c'est pourquoi eux et moi sup-

l'imprécision des solutions proposées, on ne peut décider que le subalterne est tenu de ne pas obéir aux instructions hiérarchiques qu'il reçoit, si ces instructions violent une loi *pénale* (1). Evidemment, cette théorie a l'avantage d'être fort simple et très pratique; en fait, son application sera fréquente et facile (2). En droit, elle est tout à fait arbitraire : cette distinction entre les lois pénales et les autres lois ne repose ni sur un principe juridique ni sur un texte de loi; elle ne peut pas se justifier théoriquement; c'est là un système peu logique, qui, de plus, peut être fort injuste : sa précision même l'enchasse en des règles rigides qui ne sont pas assez protectrices des intérêts des administrés.

Il faut de même rejeter un dernier système intermédiaire qui se fonde, non plus sur la *nature* de la loi violée, mais sur celle *de l'ordre hiérarchique :* il y a, a-t-on dit, devoir d'obéissance absolu pour le subalterne uniquement

plions très humblement V. M. de vouloir employer nos bras et nos vies en choses possibles; quelque hasardeuses qu'elles soient, nous y mettrons jusqu'à la dernière goutte de notre sang. »

Le comte de Tende et Charny répondirent à ceux qui leur apportaient les mêmes ordres qu'ils respectaient trop le roi pour croire que ces ordres *inhumains* pussent venir de lui; c'était manière détournée et respectueuse pour se refuser à les exécuter.

Cf. Blüntschli. *Allgemeines Staatsrecht*, t. II, p. 464 : « On ne saurait exiger du fonctionnaire ce que l'homme doit refuser par le droit naturel, le croyant de par la religion, le citoyen de par les lois de l'Etat. »

(1) Otto Mayer. *Le droit administratif allemand*, édition française, t. I, p. 70 et p. 297. — En ce sens, Perreau, qui indique qu'en cette matière peut jouer le système des circonstances atténuantes : « *De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs autres que les ministres.* » Thèse doct., Bordeaux 1894.

(2) En sa faveur on cite les termes de l'arrêt Engelhard (D. 73. 1. 288 et S. 71. 2. 73) qui déclare qu' « en droit comme en morale, un préfet ne doit pas l'obéissance à l'ordre de violer la loi pénale. »

au cas où l'*ordre*, adressé et reçu par des fonctionnaires compétents, est *régulier en la forme.* (1)

Dans cette opinion le subalterne qui reçoit un ordre de service doit se poser trois questions différentes. Tout d'abord, il doit se demander si « le supérieur qui a adressé cet ordre était compétent pour le faire » (2). Cet examen de la compétence du chef hiérarchique doit être fait d'ailleurs à un point de vue tout extérieur: « par exemple, un fonctionnaire de la police, recevant un ordre d'arrestation, n'a pas à se demander si la personne à arrêter est coupable ou non, et si son acte n'aboutira pas à une détention arbitraire, mais simplement si son supérieur a qualité pour signer un mandat d'arrestation. » Après avoir examiné la compétence du supérieur, le subalterne doit examiner la sienne propre, *ratione loci et ratione materiæ*; il doit se demander s'il a « qualité pour obéir ». Enfin, il doit répondre à cette question qui est la plus importante : « l'ordre lui-même est-il régulier en la forme ? »; dans certains cas, en effet, la loi exige que l'ordre soit donné par écrit et signé, ou bien elle fixe même une formule à employer obligatoirement par le donneur d'ordres. (3) Binding (4) a synthétisé tout le système en cette phrase :

(1) Cf. KAMMERER. *La fonction publique d'après la législation allemande*. Thèse, 1898, p. 215.

LABAND. *Le droit public de l'empire allemand*, édition française, t. II, p. 151.

(2) Cf. ORTOLAN. *Eléments de droit pénal*, t. I, p. 196 : L'obéissance n'est due au supérieur, tout le monde en conviendra, que dans la sphère de ses pouvoirs; hors de ces pouvoirs il ne reste qu'un homme privé, sans attribution ni droit de commandement. »

(3) Cf. par exemple la formule fixée dans la matière des réquisitions militaires par la loi des 27 juillet-3 août 1791, art. 22.

(4) BINDING. *Handbuch der Strafrechts*, I, p. 805.

« Pour qu'un ordre engendre obéissance, il faut qu'il provienne du véritable supérieur hiérarchique, qu'il soit communiqué en la forme légale au véritable subordonné, et concerne une action comprise dans les compétences de celui qui ordonne et de celui qui exécute. »

Cette théorie, en faveur de laquelle on cite des décisions de tribunaux allemands (1), ne donne pas véritablement de solution nouvelle; en raison de son indétermination même, elle peut être soutenue par les partisans de doctrines tout à fait opposées. Il faut, tout d'abord, s'entendre sur ce que contient en réalité cette prétendue difficulté qui consisterait pour le subalterne à se demander si l'ordre est régulier en la forme; quand la loi, en effet, fixe des formes spéciales à un ordre, et quand on ne retrouve pas dans l'ordre reçu par le subalterne ces formes obligatoires prévues expressément par la loi, il est bien certain que l'ordre est alors *inexistant*, et la question de savoir si l'inférieur doit y obéir ne se pose dans aucun système.

Que reste-t-il donc? L'obligation pour le subalterne d'examiner sa compétence et celle du supérieur qui a émis l'ordre hiérarchique. Ce mot « compétence » est tellement imprécis qu'il permet toutes les interprétations. Ou bien il s'agit d'une compétence toute formelle et extérieure : le subalterne devra uniquement examiner l'identité de celui qui lui a adressé l'ordre; admettre cette solution, c'est en somme retomber dans la théorie de l'obéissance passive. Ou bien l'examen de la compétence est beaucoup plus sérieux; le subalterne devra envisager le

(1) Cf. décisions du Reichsgericht dans CALKER : *Die Strafrechtliche verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen*, p. 43.

Cf. décisions du tribunal administratif supérieur de Prusse dans LABAND. *Le droit public*, I, p. 421.

problème de savoir si son chef hiérarchique est bien en droit d'ordonner l'acte contenu dans l'instruction de service, et si lui, subalterne, a le droit d'accomplir cet acte; c'est revenir purement et simplement à la théorie qui reconnaît au subalterne un droit de discussion absolu pouvant s'exercer sur la légalité de l'ordre. Si la théorie de Binding constate plus que ce fait qu'il doit y avoir un supérieur qui adresse et un subalterne qui reçoit un ordre véritablement existant, elle n'a aucune originalité propre et n'est qu'une servile application d'une des deux grandes théories contradictoires de liberté ou de contrainte absolues du subalterne.

* * *

En définitive, une seule conséquence certaine se détache de cette multitude de solutions proposées : c'est que les nécessités gouvernementales et légales, les intérêts des fonctionnaires et ceux des administrés n'ont pu trouver leur conciliation en aucun des différents systèmes.

Si l'on admet pour le subalterne un *droit de discussion illimité*, parce que l'on pose par ailleurs ce principe que tout subalterne est responsable de tous ses actes, il faut redouter des arrêts dans le service et des essais d'anarchie localisés à l'intérieur de la hiérarchie; il faut craindre l'inertie d'une administration où les agents n'auront aucune exactitude et aucune activité. La tâche de bien interpréter un texte de loi souvent si difficile pour un jurisconsulte, ne sera-t-elle pas impossible pour un fonctionnaire subalterne ?

Cependant la théorie de l'*obéissance absolue* du subalterne engendre les inconvénients les plus graves.

Vis-à-vis des administrés, elle permet les atteintes les plus redoutables aux libertés individuelles. Outre ses inconvénients dans la vie administrative quotidienne, elle rend possible et explique les coups de force. Combien, par exemple, est instructive et suggestive à cet égard la lecture de l'*Histoire d'un Crime*, de Victor Hugo. Le 42e de ligne fut le régiment qui arrêta Louis-Bonaparte à Boulogne en 1840 et prêta main-forte à la loi contre le conspirateur; ce fut lui qui occupa le palais de l'Assemblée nationale lors du coup d'Etat du 2 décembre et prêta alors main-forte au conspirateur contre la loi. Les officiers, au moins, savaient fort bien où était le droit; ils ne doutaient pas, notamment, qu'en portant atteinte à l'inviolabilité parlementaire ils se faisaient complices d'un coup d'Etat. Au moment où la salle des séances de l'Assemblée fut violée par l'entrée de la gendarmerie mobile le 2 décembre, le représentant Moner lut l'art. 68 de la Constitution (1); le chef de bataillon passa outre : « J'ai, dit-il, un ordre d'expulsion de l'Assemblée, et signé : Fortoul, ministre de la marine, et cela me suffit » ; il exécutait sa consigne !

Vis-à-vis du subalterne, cette doctrine est de même éminemment dangereuse. Il est aisé, mais vraiment excessif, de dire que le fonctionnaire n'a pas à envisager les conséquences de ses actes, qu'il est une machine dans son service et qu'il doit obéir à son supérieur uniquement par respect pour son supérieur. Sa tâche administrative achevée, le fonctionnaire n'aurait qu'à se réfugier, tel Epictète,

(1) Art. 68 de la Constitution de 1848 : « Toute mesure par laquelle le Président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat, est un crime de haute trahison. Par ce seul fait, le président est déchu de ses fonctions, les citoyens sont tenus de lui refuser obéissance, le pouvoir exécutif passe de plein droit à l'Assemblée nationale. »

dans l'impassibilité de l'âme où il resterait « pur, au moins, de tout commerce avec l'injustice, ne demandant rien aux puissances du monde, et se consolant du désordre de la société par l'adoration de l'ordre éternel de la nature » ! (1) Ce serait croire le fonctionnaire bien parfait hors de son service et trop imparfait dans l'exécution de ce service. Ce serait oublier en tout cas que, dans l'accomplissement de sa fonction, il reste un homme et n'est pas privé de raison et de tout sens moral. Or, comme l'a dit Rossi (2), « l'homme ne saurait être un instrument matériel. Il ne peut abdiquer sa conscience. Nul n'a le droit de lui en commander le sacrifice. Nul ne peut lui expédier une dispense de la loi morale et lui enlever toute responsabilité. » Et, vraiment, il est intolérable de penser qu'une personne ait sciemment le droit de commettre une illégalité.

Au surplus, en dehors de ces considérations pratiques ou morales, notre *législation positive* exige en cette matière le rejet de toute théorie absolue ou transactionnelle.

Tous les systèmes qui veulent fixer *a priori* l'attitude du subalterne vis-à-vis des ordres hiérarchiques qu'il reçoit, établissent des *présomptions juris et de jure,* n'admettant pas la preuve contraire, soit de non-culpabilité, soit de culpabilité, en faveur ou à l'encontre de l'agent administratif inférieur, ce qui constitue une véritable erreur dans notre droit. Les art. 114 et 190 du Code pénal exemptent, en effet, le subalterne de la peine, c'est-à-dire établissent des excuses absolutoires en sa faveur, dans des cas limitativement déterminés. Or, l'art. 65 du Code pénal porte que « nul crime ou délit ne peut être excusé (ni la peine miti-

(1) *Manuel d'Epictète*, par JOLY, 5e édition, p. XXII.

(2) ROSSI. *Traité du droit pénal*, t. II, p. 125.

gée) que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable (ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse) ». Par conséquent, en dehors des cas d'application des art. 114 et 190, toute présomption irréfragable est illégale.

En somme, il faut se convaincre que chercher ce que doit faire le subalterne en face d'un ordre hiérarchique qui lui est adressé, c'est se demander si et comment il est responsable. D'une part, il faut admettre que le subalterne peut être responsable d'une action ou d'une abstention illégale; il n'y a pas de texte dans nos lois, de même qu'il n'y a aucune raison juridique ou pratique pour le présumer toujours irresponsable. D'autre part, il ne faut pas admettre une présomption irréfragable de culpabilité à l'encontre du subalterne qui obéit à un ordre illégal. Enfin, il est impossible pratiquement, et il est contraire à notre droit, de vouloir fixer des règles générales déterminant sans recours les cas où le fonctionnaire est responsable ou ne l'est pas, lorsqu'il a obéi à un ordre illégal ou lorsqu'il n'a pas obéi à un ordre légal. Il va sans dire que dans l'application des principes généraux qui régissent les diverses responsabilités, le juge peut pratiquement être guidé par les solutions transactionnelles proposées par les auteurs. Pour savoir si le subalterne, malgré ou en raison de l'émission d'un ordre hiérarchique, est responsable, le juge doit tenir compte de ce fait que l'inférieur a reçu un ordre hiérarchique; il ne peut faire abstraction de la situation hiérarchique du subalterne. Sans être lié par *aucune présomption*, le juge dont les pouvoirs sont ainsi considérables doit statuer sur la culpabilité de l'agent, en considérant les *circonstances* de l'acte, dans sa pleine et entière liberté d'appréciation des *faits*.

B

Des responsabilités disciplinaire et pénale de l'agent administratif

D'un point de vue tout à fait général, le subalterne peut encourir une triple responsabilité : disciplinaire, pénale ou civile, selon qu'il porte atteinte aux droits des fonctionnaires, de la société ou des particuliers. Le subalterne refuse-t-il obéissance à un ordre légal ? Immédiatement des poursuites disciplinaires le menacent. Prête-t-il obéissance à un ordre illégal ? S'il a commis un fait personnel, il devra réparer le préjudice causé ; en outre, il pourra aussi encourir les rigueurs de la répression pénale.

Du point de vue strictement *hiérarchique*, seules, au contraire, sont intéressantes les actions *disciplinaire* et *pénale*. Toutes deux, en effet, ne sont pas dirigées contre un patrimoine ; elles ne tendent pas à diminuer un patrimoine pour en augmenter un autre injustement amoindri, et ainsi rétablir l'équilibre entre les patrimoines. Elles visent directement la *personne* de l'agent administratif, scrutant l'*intention* de l'agent ; elles ont pour but de protéger l'intérêt collectif d'un groupement — fonctionnel ou étatique — et ainsi d'assurer à ce groupement l'ordre à l'intérieur et la considération à l'extérieur.

* * *

Le subalterne qui n'obéit pas à un ordre hiérarchique, parce qu'il le croit illégal, peut encourir une *responsabilité disciplinaire*. (1) Ainsi en a-t-il été jugé, à l'encontre d'un magistrat, qui avait prononcé une allocution à l'occasion de l'installation d'un autre membre du tribunal, malgré la défense faite par une circulaire ministérielle (2). Par contre, celui qui a émis un ordre illégal (s'il n'est pas placé à la tête même de la hiérarchie), — ou celui qui ayant émis un ordre légal n'a pas su par négligence le faire exécuter par l'agent inférieur, peut fort bien subir à son tour une peine disciplinaire.

L'existence de cette responsabilité disciplinaire, spéciale aux fonctionnaires, est dans la nature des choses : « tout groupement d'hommes, groupement politique comme l'Etat ou groupement social comme une corporation, repose sur des intérêts qu'il doit protéger ou sur un but qu'il a pour mission de réaliser » (3). Ainsi, à côté des fautes qui intéressent le groupement plus général de l'Etat, il est des fautes particulières qui lèsent, matériellement ou moralement, le groupement secondaire constitué par les fonctionnaires, qui portent atteinte à sa conscience, à ses droits ou à ses aspirations.

Souvent, fautes disciplinaires et fautes pénales n'existent pas toutes deux pour un même acte ; un agissement du

(1) Cf. Delpech. *Cours sur la Fonction publique et les fonctionnaires*, Dijon, 1910-1911.

(2) Cass., 15 juin 1882. D. 1883. 1. 419.

(3) Nézard. *Les principes du droit disciplinaire*. Thèse doct., Paris, 1903, p. 7.

fonctionnaire peut être attaqué disciplinairement sans pouvoir l'être pénalement (1), alors que parfois il peut être poursuivi à la fois disciplinairement et pénalement (2). Au contraire de la responsabilité pénale, qui n'intervient que pour réprimer des actes dont les conséquences sont importantes, la responsabilité disciplinaire se retrouve *à chaque instant* dans la vie administrative : conséquence du pouvoir hiérarchique qui pèse sur le subalterne à l'encontre de tous ses actes.

La répression disciplinaire est, du reste, souvent plus *sévère* que la pénale; elle est poursuivie, en effet, par des fonctionnaires supérieurs qui, plus que des juges ordinaires, sont portés à croire de mauvaise foi le fonctionnaire qui n'exécute pas immédiatement les ordres qui lui sont adressés; ils ont une tendance très naturelle à soutenir l'honneur de leur corps en établissant des sanctions particulièrement rigoureuses : parfois, leur action n'est pas gênée par des textes précis; alors que la faute pénale a un criterium formel, qui est la loi pénale, la faute disciplinaire doit être, en l'absence de texte, recherchée par le juge.

Cependant, peu à peu, se rapprochent le droit disciplinaire et le droit pénal. Les textes se multiplient, tendant à enrayer l'arbitraire du juge disciplinaire; les peines disciplinaires comme les peines pénales sont maintenant légales, personnelles et susceptibles d'atténuation ou d'aggravation; la jurisprudence assimile assez généralement la procédure disciplinaire à la procédure pénale; enfin, la décision disciplinaire devient de plus en plus juridiction-

(1) Cass., 10 mai 1849. S. 1849. 1. 601.

(2) Cass., civ., 9 novembre 1881. S. 84. 1. 219.

nelle en la forme : des garanties sont accordées aux fonctionnaires, la décision étant prise après avis préalable d'un conseil ou même par une véritable juridiction (1).

Ces transformations, très brièvement rappelées du droit disciplinaire, permettent de comprendre l'évolution qui se réalise dans la matière des *recours ouverts au fonctionnaire subalterne*, qui, à tort, a éprouvé la sévérité de la répression disciplinaire. La voie du recours pour vice de forme est évidemment fermée si aucune loi, règlement, etc. n édicte des formalités à la répression disciplinaire qui peut frapper le fonctionnaire; toutefois, la jurisprudence si libérale du Conseil d'Etat a essayé, dans le silence des textes, d'accorder quelques garanties aux fonctionnaires; elle a décidé, par exemple, que la révocation ne peut être prononcée que par l'autorité qui a nommé et en la même forme; — que la déclaration qu'un fonctionnaire est démissionnaire équivaut à une révocation et doit être entourée des mêmes formalités, etc. (2). Cependant comme de plus en plus des formes sont requises dans l'appréciation et le jugement des fautes disciplinaires, par suite, des recours pour excès de pouvoirs sont ouverts pour assurer l'observation de ces formes. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il annulé la révocation d'un employé colonial, parce que la commission d'enquête, dont l'avis est au préalable nécessaire, n'avait pas été convenablement organisée (3); de même, il a annulé une décision disciplinaire, parce que la commission d'enquête n'avait pas parfaitement suivi la procédure indiquée par

(1) Cf. par exemple GUILHEN. *Les conseils de discipline dans l'administration des postes.* Thèse doct., Paris, 1911.

(2) Cons. d'Et., 21 avril 1893, *Zickel,* LEBON, p. 324.

(3) Cons. d'Et., 19 février 1886, *Dussert*, LEBON, p. 150.

la loi (1). Si des formalités sont prévues, elles doivent donc toujours être respectées : « tout doit être de droit strict lorsqu'il s'agit de décisions intéressant la situation et même l'honneur des fonctionnaires : aucune des garanties que les lois et règlements leur assurent ne doit être omise, altérée ni suppléée au moyen d'équivalents arbitraires » (2).

Au surplus, lorsque l'agent disciplinaire compétent a procédé suivant les formes prescrites, mais a usé de son « pouvoir pour des cas ou des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué » (3), le recours pour excès de pouvoir contre sa décision est recevable. Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat a de ce chef affirmé que le détournement de pouvoir, en ce qui concerne les décisions disciplinaires, est un moyen d'annulation. Le maire de Denain avait, par un arrêté non motivé, et régulier en la forme, suspendu un agent de police; seulement, il résultait d'une lettre du maire au commissaire de police que la suspension avait été prononcée parce que l'agent avait dressé procès-verbal à une cabaretière qui avait tenu son débit ouvert après l'heure règlementaire; ce procès-verbal était bien fondé, puisque le tribunal de police avait condamné la débitante; en réalité, cette suspension était une vengeance du maire qui protégeait la cabaretière pour des raisons politiques; le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté du maire qui avait « agi dans un but autre que la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés. » (4)

(1) Cons. d'Et., 27 décembre 1878, *Fauchoux*, Lebon, p. 108.

(2) Laferrière. *Juridiction administrative*, t. II, 2e édition, p. 424.

(3) Aucoc. *Conférences de droit administratif*, 2e édition, II, p. 531.

(4) Cons. d'Et., 15 novembre 1900, *Maugras*, Lebon, p. 617. S. 1900. 2. 57, av. note Hauriou.

Au total, le droit disciplinaire frappe rigoureusement le fonctionnaire, en réprimant des fautes dans le service que le droit pénal ignore; cependant, de plus en plus, son action est limitée et conditionnée par des formes dont la garantie est sanctionnée juridictionnellement par des recours devant le Conseil d'Etat; ainsi, non pas quant aux cas de responsabilité, mais quant aux moyens de procéder, s'opère toujours plus intime le rapprochement entre la responsabilité disciplinaire et la responsabilité pénale.

* * *

La *responsabilité pénale* du fonctionnaire trouve son fondement dans le droit qu'a la société d'assurer son existence et aussi de réaliser sa mission qui est de protéger et faire prévaloir les intérêts généraux.

Une responsabilité pénale est encourue par le fonctionnaire qui ordonne à un inférieur de commettre une infraction à la loi pénale. Le supérieur peut d'ailleurs seul être déclaré coupable; un sergent, par exemple, avait ordonné à un caporal d'opérer dans une maison particulière une arrestation reconnue illégale; le caporal fut acquitté, le sergent fut au contraire condamné (1). Par contre, la responsabilité du supérieur peut évidemment être engagée, en même temps que celle du subalterne considéré comme co-auteur ou complice. Cette responsabilité du supérieur, agissant non pas sur l'ordre d'un chef hiérarchique, mais de sa propre initiative, n'a pas à être spécialement examinée; il ne peut se présenter aucune difficulté doctrinale dans l'application pure et simple des textes de loi.

(1) Bourges, 30 décembre 1870. *Krebs*, D. 1871. 2. 226.; S. 1871 2. 167.

Il n'y a donc aucun inconvénient à restreindre strictement cet exposé à la responsabilité pénale du subalterne. Il faut aller même plus loin dans la limitation du sujet. Un cas ne nous arrêtera pas, c'est celui où le subalterne va tellement au-delà de l'ordre reçu qu'on ne peut plus dire véritablement qu'il l'exécute. On aperçoit une application de cette hypothèse dans l'arrêt Engelhard ; le préfet Engelhard, après avoir sollicité et reçu des instructions ministérielles, avait suspendu deux journaux; les propriétaires des journaux, en raison des termes de l'arrêté préfectoral, intentèrent contre Engelhard une action en diffamation; la Cour déclara que « la suspension prononcée par le préfet pouvait s'appuyer sur tout autre motif que ceux proclamés par ledit arrêté...; d'ailleurs les expressions les plus blessantes, les plus dangereuses, au milieu des passions ardentes du moment, celles de trahison envers la patrie en danger, ne se retrouvent pas dans la dépêche ministérielle. . et émanent de M. Engelhard personnellement qui, dans tous les cas, ne pourrait en décliner la responsabilité » (1); en réalité, on ne pouvait plus dire que le préfet s'était conformé aux ordres hiérarchiques qui lui avaient été adressés. Il convient donc simplement d'analyser la responsabilité pénale du *subalterne*, qui, dans l'*exécution* d'un ordre hiérarchique, porte atteinte à la loi pénale.

La théorie de la responsabilité pénale du subalterne, obéissant à un ordre illégal, pivote toute entière autour de l'idée d'*intention* : seul n'est pas puni le fonctionnaire de *bonne foi*. A cette règle générale, d'ailleurs, il convient

(1) Orléans, 28 juin 1872, *Engelhard*. D. 1873. 1. 291. col. 1.

d'apporter une atténuation : l'effet de l'incrimination pénale peut être annihilé ou réduit, soit que joue la notion de contrainte de l'art. 64 du Code pénal, soit que s'appliquent les excuses absolutoires des art. 114 et 190 du Code pénal.

Pour soutenir la non-culpabilité de l'agent inférieur qui, de bonne foi, a exécuté un ordre hiérarchique illégal, il suffit d'appliquer les principes généraux du droit pénal. Il serait inexact de s'appuyer sur l'art. 327 du Code pénal qui décide qu' « il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi *et* commandés par l'autorité légitime ». Les deux conditions, l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime, sont, en effet, nécessaires pour l'application de ce texte (1) ; le bourreau, par exemple, tant qu'il exécute et la loi et un ordre de l'autorité légitime, ne peut être considéré comme criminel et tomber sous le coup de l'art. 295 du Code pénal ; ainsi, par son commandement, l'autorité demeure responponsable du faux usage qu'elle peut faire de la loi (2). — Non seulement les termes mêmes de l'art. 327 exigent expressément l'existence simultanée de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime, mais aussi l'intention du législateur dans le sens de cette interprétation est certaine. La commission du Corps législatif (3) proposa de disjoindre les deux conditions dont le concours est

(1) En sens contraire, GARÇON. *Code pénal annoté*, art. 64, p. 183, n° 154.

(2) En ce sens, LE SELLYER. *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité*, t. I, p. 236.

Cf. GARRAUD. *Droit criminel*, 8e édition, p. 220. — ORTOLAN. *Eléments de droit pénal*, 5e édition, t. I, p. 199, n° 484.

(3) LOCRÉ, t. XXX, p. 454.

exigé par l'art. 327; sa proposition fut repoussée. « En cumulant ces deux conditions, dit la commission, il pourrait se présenter des occasions où la loi ordonne, mais où l'autorité n'est pas là, au même instant, pour donner un ordre d'exécution et vice-versa.... Ainsi, un gendarme qui conduit un prisonnier, est attaqué par des hommes qui veulent lui enlever le détenu. Il se défend et tue un des assaillants. Il y est autorisé par la loi; mais aucun de ses supérieurs n'est avec lui pour ordonner de faire feu. — D'un autre côté, un inférieur sous les armes peut recevoir de son chef l'ordre de faire tel acte qui n'est pas prévu ou autorisé par la loi; il paraît donc qu'il conviendrait de n'exiger qu'une des conditions et de mettre *ou* au lieu du mot *et* ». L'argumentation de la commission ne sembla pas concluante. D'une part, pour reprendre l'exemple qu'elle a choisi, le gendarme accomplissait une mission et avait par conséquent reçu de ses chefs implicitement tous pouvoirs pour la bien remplir. D'autre part, en ce qui concerne l'hypothèse de l'inférieur sous les armes qui obéit uniquement à un ordre hiérarchique, le législateur n'a pas voulu la viser dans l'art. 327; il a entendu la laisser simplement sous l'empire des principes généraux; par suite reste libre en cette matière le jeu de la théorie de l'intention. C'est là une solution certaine puisque, délibérément, fut conservé, tel quel, l'art. 327 (1). Sans avoir donc à invoquer l'art. 327, il faut affirmer que le fonctionnaire subalterne de bonne foi ne peut être puni.

Pas d'intention coupable, pas de responsabilité, telle est la solution qui découle des principes mêmes du droit pénal. Pour connaître s'il y a eu intention coupable l'on ne

(1) Cons d'Et., 18 janvier 1810. Locré, t. XXX, p. 463.

peut du reste poser aucune présomption irréfragable. Dans notre droit il n'y a pas une distinction à faire comme en droit romain entre les crimes atroces et les crimes légers, — ou comme dans le Code de la Louisiane où les soldats, obéissant sur l'ordre d'un officier, sont justifiés pour un délit, mais ne le sont pas pour un crime. « La question n'est pas là; l'agent a-t-il cru ou non l'ordre légitime? a-t-il aperçu ou même soupçonné la criminalité de cet ordre ? » (1)

Le juge doit tenir compte des *circonstances de fait.* Il jugera de la bonne foi du subalterne en examinant notamment si la loi est claire ou obscure ; quelle est la situation de l'inférieur dans la société et dans l'administration (2); si le fonctionnaire, en somme, a été victime de sa foi dans le principe d'autorité ou s'il a abdiqué volontairement son intelligence et sa liberté (3). Tous les indices peuvent servir au tribunal à former sa conviction : aucun criterium ne peut lui être par avance fixé et imposé. La jurisprudence suit cette doctrine et tient compte de l'existence de l'intention; elle se demande toujours si le subalterne a voulu l'acte illégal qu'il a accompli avec tous ses effets et s'il a su que les conséquences de l'acte étaient illicites (4). En fait, les juges recherchent la mauvaise

(1) CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE. *Théorie du Code pénal*, 6e édition, t. I, p. 601, n° 378.

(2) A ce point de vue, certaines décisions judiciaires peuvent paraître excessives. — Cf. Cass., 17 février 1855, *Lachaud*, BULL. CR., n° 52, p. 98, S. 55. 1. 236 : des *cantonniers* avaient jeté des résidus de balayage dans la rivière qui traverse une ville, ce qui était interdit par un arrêté municipal; ils furent condamnés, bien qu'ayant démontré aux débats qu'ils n'avaient agi que sur les ordres formels de leur chef.

(3) BERTAULD. *Cours de droit pénal*, 4e édition, p. 361.

(4) Cf. sur la définition de l'intention, VILLEY, note sous Cass., 25 avril 1885. S. 1887. 1. 137.

foi de l'agent en analysant, par exemple, la façon dont celui-ci a procédé dans les détails d'exécution ; l'arrêt Engelhard, si complexe mais si instructif, en est une preuve (1) : la Cour d'Orléans a déclaré qu'Engelhard était de mauvaise foi, ayant considéré qu' « en accumulant sans nécessité dans son arrêté des imputations blessantes contre de Cumont et Stofflet, et par la publicité extraordinaire donnée à son arrêté, M. Engelhard a révélé son intention de nuire à MM. de Cumont et Stofflet ». — En d'autres circonstances, les juges, dans leur appréciation souveraine des faits, tiennent compte de la nature même de l'acte et de sa criante illégalité. Ainsi, des employés de mairie avaient porté des inscriptions inexactes sur les listes électorales avec intention d'altérer les faits que ces listes avaient pour but de constater; ils furent poursuivis pour crime de faux en écriture authenthique ou publique, et ils furent condamnés ; ils ne purent, en effet, invoquer comme fait justificatif qu'ils se seraient bornés à exécuter les ordres de ceux qui les employaient à la mairie : leur mauvaise foi a paru évidente (2).

(1) Orléans, 28 juin 1872, Cass., 25 janvier 1873, *Engelhard*, D. 73. 1. 289. Le journal l' « Union de l'Ouest », en apprenant la dissolution des conseils généraux par le décret du Gouvernement de la défense nationale du 25 septembre 1870 et leur remplacement par des commissions départementales, fit paraître deux articles contenant une énergique protestation contre ce qui lui semblait être un attentat à la liberté et une injure à la Nation. Après avoir sollicité et reçu des instructions ministérielles, M. Engelhard, préfet de Maine-et-Loire, prit, le 30 décembre 1870, un arrêté par lequel il accusait l' « Union de l'Ouest » d'excitations à la guerre civile, de connivence avec l'ennemi et de trahison envers la patrie en danger; il suspendit pendant deux mois ce journal et ordonna l'affichage de son arrêté dans toutes les communes du département.

(2) Cass., 20 septembre 1894, *Mascaras*, BULL. CRIM., p. 386, n° 248.

Cependant, parfois, la bonne foi du subalterne ne suffit pas à empêcher sa condamnation : en effet, dans les cas « d'infractions non intentionnelles », c'est-à-dire pour lesquelles la loi ne prend pas en considération l'intention de l'agent, le subalterne même de bonne foi est responsable pénalement. L'exemple classique de ces hypothèses est celui des contraventions de grande voirie (1).

Comme l'a montré M. Hauriou (2), les contraventions de grande voirie ne sont pas rigoureusement personnelles : en cas de récidive, elles n'entraînent pas l'emprisonnement; elles peuvent, par ailleurs, être mises à la charge de personnes morales pour lesquelles on ne peut parler d'intention. En réprimant ces infractions, le juge ne se préoccupe pas de la question d'imputabilité; le délit de grande voirie a un caractère objectif, comme d'ailleurs toute contravention aux règlements de police. Une infrac-

(1) Pour l'application de cette idée, comparer :

a) Cass. 20 juin 1828, *Fauvelle*, Bull. cr., p. 464, n° 181; Fauvelle était poursuivi comme ayant violé l'art. 40, titre II de la loi du 6 oct. 1791 ; en faisant un fossé, il avait dégradé un chemin public. Un jugement l'avait acquitté comme n'ayant agi que sur le sordres des gardes terrassiers forestiers (qui n'avaient eux-mêmes agi que sur les ordres des marchands de bois). La cour cassa ce jugement ; il y a lieu, dit-elle d'examiner jusqu'à quel point là *bonne foi* de Fauvelle, simple manouvrier, permet de faire remonter la culpabilité jusqu'aux donneurs d'ordres ; en tous cas, le délit ne peut rester impuni, la vindicte publique qui poursuit une atteinte grave aux propriétés, soit publiques, soit particulières, doit toujours être satisfaite.

b) Au contraire, par exemple, des faits d'abatage d'arbres dans une forêt domaniale, faits prévus par les art. 192 et 194 C. forest., ne peuvent être justifiés en raison d'ordres reçus d'un agent forestier : « l'excuse de la bonne foi n'étant pas admissible en matière de délits forestiers ». Cass. 13 avril 1849, *Brousson*, Bull. Cass. n° 80, D. 49. 5. 203. — Cf. Cass. 23 juin 1851, *Labarthe*, *Lassus* et autres, Bull. Cass. n° 242, D. 51. 5. 276. — Comp. Cass. 29 mars 1845, *Tocquaine*, Bull. Cass. n° 117, S. 1845. 1. 546, D. 1845. 1. 213.

(2) Hauriou, note sous Cons. d'Et., 8 mai 1896. S. 1897. 3. 113.

tion à l'ordre juridique et à la morale exige pour sa répression une volonté responsable. Au contraire, de simples faits matériels peuvent être les éléments constitutifs d'une infraction aux règles de police; la police, en effet, de même que la protection possessoire, tend simplement à maintenir, au moins provisoirement, un état de fait. Ainsi sera réprimée l' « infraction non intentionnelle » du fonctionnaire subalterne, même de bonne foi, sous réserve, d'ailleurs, de l'application qui peut lui être faite, soit de l'art 64 du Code pénal, soit des art. 114 et 190.

L'effet de l'incrimination pénale peut être tout d'abord annihilé, si, en exécutant l'ordre hiérarchique, le subalterne a subi une *contrainte* physique ou morale; mais, pour qu'ainsi puisse jouer l'art 64 du Code pénal, il faut que le subalterne n'ait pas pu résister à une force, des tructive de toute personnalité et de tout libre arbitre (1). La simple crainte de son supérieur ne constitue pas évidemment, par elle seule, une contrainte pour le subalterne (2). Dans l'arrêt Engelhard (3), par exemple, les juges ont fait valoir qu'il n'y a pas eu contrainte pour Engelhard le forçant à obéir aux ordres du ministre : ce dernier déclarait, en effet, dans sa dépêche s'en rapporter à la clairvoyance politique et au jugement du préfet

(1) Cf. Henri Guérin. *De la responsabilité civile des fonctionnaires administratifs envers les particuliers.* Thèse doct., Grenoble, 1895, p. 241.— Garçon. *Code pénal annoté*, p. 183, n° 151. Garraud. *Traité de droit pénal*, 2e édition, t. I, p. 598, n° 312.

(2) Cf. en sens contraire les théoriciens de l'obéissance passive : Boitard. *Leçons de droit criminel*, 11e édition, p. 192, n° 151. — Lakanal. *Revue d'administration*, 1884. 1. 42.

(3) Cours d'Angers, 17 novembre 1871, D. 1873. 1. 288, 1re col.; et d'Orléans, 28 juin 1872, *Engelhard*, D. 1873. 1. 291.

Cf. la constatation qu'il n'y a pas eu contrainte dans Cass., 20 septembre 1894, *Mascaras*, Bull. crim., p. 386, n° 248.

Engelhard. En réalité, dans chaque espèce qui se présente, il appartient au tribunal de décider si, indépendamment des obligations d'une stricte discipline, les circonstances de fait ont constitué une force à laquelle l'inférieur n'a pu résister.

Par ailleurs, l'effet de l'incrimination pénale peut être simplement réduit par l'application des *excuses absolutoires*, instituées expressément par la loi dans les art. 114 et 190 du Code pénal. Ces excuses ne s'appliquent du reste que pour des infractions limitativement déterminées (1), d'une part, aux cas d'atteinte « soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la charte (constitution) » (art. 114) (2); d'autre part, aux cas d'abus d'autorité contre la chose publique (art. 190). Le subalterne ne bénéficie de l'application des excuses absolutoires qu'à la seule condition qu'il ait « agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels leur était dû el'obéissance hiérarchique » (art. 114 al. 2), (3). Dans ces hypothèses, le subalterne est simplement « exempté » de la

(1) Cf. Cour d'Orléans, *Engelhard*, 28 juin 1872. D. 73. 1. 296, col 1. « Considérant que M. Engelhard n'est pas poursuivi pour la mesure prise par lui contre le journal, ou pour un abus d'autorité contre la chose publique ou un attentat à la liberté, ni, en un mot, pour l'un des *cas spéciaux* qui peuvent permettre au fonctionnaire de s'abriter derrière la garantie de son supérieur, et que, dès lors, les articles cités (art. 114 et 190) ne semblent pas devoir trouver ici leur application. »

(2) Application de l'art. 114, Cod. pén., est faite au cas de violation de domicile, par l'art. 184. al. 1, Cod. pén.

(3) Rappr. les termes de l'art. 114, al 2, de ceux de l'arrêt de Bourges, 30 décembre 1870, *Krebs*. D. 1871. 2. 226. et S. 1871. 2. 16. « Néanmoins, décide l'arrêt, Bardou n'ayant agi en sa qualité de caporal que sur l'ordre direct de son supérieur a pu croire que la mesure ne sortait pas des limites des attributions du chef de poste, et qu'il peut être considéré comme couvert par les ordres qu'il avait reçus. »

peine. L'excuse absolutoire ne fait pas disparaître la culpabilité; pratiquement, elle devra être invoquée devant le tribunal par l'inculpé; si elle est admise, l'accusé, restant coupable, est condamné aux frais du procès, et, s'il a causé un préjudice, à des dommages intérêts. Sous ces conditions et avec cette portée, les excuses absolutoires peuvent être invoquées, soit par le subalterne de bonne foi qui a commis une « infraction non intentionnelle », soit par tout subalterne de mauvaise foi. Elles bénéficient d'ailleurs, surtout en fait, au fonctionnaire civil (1); le fonctionnaire militaire, en effet, très souvent n'a pas besoin d'en demander l'application, le défaut d'intention étant admis beaucoup plus facilement pour lui que pour le civil : il sera plus aisé de croire en la bonne foi du militaire qu'en celle du civil; les liens sont moins étroits, les rapports moins sévères entre agents civils qu'entre militaires; les fonctionnaires civils ont généralement plus de discernement que les militaires et connaissent mieux qu'eux les limites des diverses compétences; habituellement ils ont le temps de la réflexion, ce qui leur permet d'apprécier la portée des actes qui leur sont ordonnés (2). Cependant, une dernière fois, il faut affirmer, ici comme partout, que le juge pénal statue en pleine liberté d'appré-

(1) Le Sellyer (*Traité*, t. I, p. 243) pousse évidemment trop loin cette idée, en affirmant que, dans le cas des articles 114 et 190, il s'agit de crimes commis dans l'ordre civil et administratif, ordre dans lequel le subordonné peut toujours donner sa démission pour se dispenser d'obéir à un commandement injuste; tandis que l'article 327 doit être entendu de subordonnés qui ne sont pas libres de quitter leurs fonctions, par exemple des militaires, et qui, sous ce rapport, ne peuvent aussi facilement se soustraire à l'ordre qui leur est donné.

(2) Cf. Chauveau et Hélie, t. II, p. 278. — Garçon. *Code pénal annoté*, p. 183, n° 151.

ciation des circonstances de fait, qu'il s'agisse de décider que la peine doit être effacée par l'effet des excuses absolutoires, ou que la faute est inexistante en raison de la contrainte subie, ou que la bonne foi se manifeste dans une « infraction intentionnelle » commise par un fonctionnaire subalterne, obéissant à un ordre hiérarchique.

II

La Légalité
Les pouvoirs des administrés

Après avoir examiné, à l'intérieur de la hiérarchie, dans les rapports des fonctionnaires entre eux, l'exécution de l'ordre hiérarchique et les suites contentieuses qu'elle comporte, il convient d'envisager les effets de l'ordre dans les relations de l'administration ou de ses agents et des administrés.

Soumis à la loi et aux ordres succédanés de la loi, les administrés doivent subir l'exécution des ordres hiérarchiques, présumés émis dans le but d'assurer l'application de la loi. De ce principe il faut pratiquement conclure que les particuliers peuvent engager leur *responsabilité* pénale s'ils *résistent par la force* à l'exécution d'un ordre hiérarchique; il n'existe donc pas, en droit pénal, de cas de résistance légale d'un fonctionnaire exécutant un ordre hiérarchique.

Aussi convient-il de prendre nettement parti contre la jurisprudence habituelle des Cours d'appel qui considèrent qu'un particulier s'opposant à l'exécution d'un ordre illégal exerce un droit à la résistance : se place « dans le cas d'une résistance légale »; c'est, par exemple, ce que la

Cour de Douai décida, en jugeant légale l'opposition d'un délinquant, arrêté par des gardes forestiers, non pour le conduire devant le maire, ainsi que l'art. 163 du Code forestier leur en donne le droit, mais pour l'amener sur le lieu du délit (1).

Il faut bien plutôt suivre l'opinion de la Cour de Cassation qui, le plus souvent, n'admet pas que les particuliers puissent se faire justice à eux-mêmes. Ainsi, un individu avait résisté avec violence et voies de fait aux agents de la force publique qui procédaient à son arrestation sur l'ordre du commissaire de police ; le commissaire était sorti de ses attributions; néanmoins la Cour de cassation rejetta le pouvoir que l' « administré insoumis » avait formé contre le jugement qui l'avait condamné, par application de l'art. 209 du Code pénal (2). En réalité, la solution de la Cour de cassation est fort juste, appliquée seulement dans la sphère du droit pénal : il convient, en effet, de distinguer ici le droit pénal du droit constitutionnel (3); ce qui est, en somme, revenir à la doctrine ancienne

(1) Cour de Douai, 26 octobre 1836, *Poivre*, S. 1838. 1. 641. « Attendu, dit l'arrêt, que cette arrestation... n'était pas autorisée par la loi ; et qu'en s'y opposant, Poivre, bien loin de commettre le délit de rébellion, n'a fait que se placer *dans le cas d'une résistance légale*; d'où il suit que le délit de rébellion qui lui est reproché n'existe pas. »

(2) Cass., 5 janvier 1821, *Bernard*, S. 1821. 1. 123.

Cf. Cass., 14 avril 1820, Bull. n° 52 p. 151; 15 juillet 1826, Bull. n° 140; 26 février 1829, n° 51; 10 mars 1842, S. 42. 1. 831. — Cass., 2 mars 1855, *Mille*, Bull. n° 111 : un maire avait pris un arrêté ayant pour but de rétablir la circulation sur un chemin de sa commune; Mille résista aux ouvriers qui avaient reçu l'ordre du maire d'exécuter l'arrêté; la Cour de Cassation jugea qu'en aucun cas il n'avait le droit de commettre des violences et voies de fait.

(3) V. sur le droit de résistance DELPECH, *de la provocation par les ministres du culte à la résistance et à l'insurrection contre les lois* dans la « Revue du droit public », t. XXIV, ann. 1907, spécialement p. 289 et sv.

de Serrigny (1) ou de Bertauld (2). Il faut concilier avec les exigences d'un régime d'Etat cette disposition constitutionnelle de la Déclaration des droits où il est dit que « la résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme ».

Il existe, d'une part, un droit de résistance nationale. Supprimer en droit ce pouvoir de résistance serait souverainement injuste; car il n'y aurait plus de recours humain possible contre la tyrannie. Il est nécessaire d'admettre pour les citoyens cette faculté, puisque la protection légale, tardive ou impuissante, est inopérante. Le droit menacé de mort doit donc être sauvegardé par tous les moyens; à défaut d'autres procédés, l'emploi de la force est tout à fait légitime pour assurer le respect des lois. Cependant et d'autre part, en droit pénal, on ne peut pas admettre la possibilité pour l'administré de résister par la force à un ordre de l'administration. A l'administration incombent une mission à remplir et des obligations corrélatives; elle doit avoir par suite les pouvoirs nécessaires à accomplir sa fonction : elle a le privilège de l'exécution préalable; les particuliers ne peuvent s'opposer par la force à l'exécution de ses ordres (3). Cette solution répond, d'ailleurs, fort bien au but de la réunion des hommes en société, qui est de faire réprimer la violence, non par la violence, mais par des juridictions. La Constitution, en ces hypothèses, n'est pas atteinte. Les particuliers peuvent donc s'adresser aux tribunaux pour demander réparation du préjudice

(1) Serrigny. *Traité du droit public des Français*, t. I, p. 465.

(2) Bertauld. *Cours de Code pénal*, 4e édition p. 367.

(3) Cf. Conclusions Romieu, sous arrêt du Trib. des Confl., 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, S. 1904. 3. 17.

qui leur est causé. Sans doute, il faut réprimer les abus de l'autorité; seulement, cette charge appartient, non pas à la victime, mais à des hommes compétents et impartiaux, aux tribunaux institués par la loi. Un véritable régime de liberté suppose que les administrés confient le redressement des injustices à la loi et non pas à la force.

Ainsi, c'est aux juges qu'il appartient de *réparer* les effets dommageables résultant de l'exécution d'un ordre hiérarchique illégal, en frappant le patrimoine du fonctionnaire subalterne, du supérieur ou de l'administration. Bien plus, les juges, saisis par un *recours pour excès de pouvoir* de la légalité d'un ordre hiérarchique, ont à apprécier les destinées de l'ordre lui-même; ils peuvent prononcer l'annulation d'un ordre illégal, ou l'annulation des décisions qui ne sont pas conformes à un ordre légal.

A

Des actions en indemnité dirigées par les particuliers contre le patrimoine des fonctionnaires ou de l'administration

Vis-à-vis des administrés, sont civilement déclarés responsables, au cas de fait personnel le fonctionnaire, au cas de fait de service l'administration. Il y a *fait personnel*, et non pas fait de service, quand l'acte accompli par le fonctionnaire ne rentre pas dans la catégorie de ceux que l'on rencontre traditionellement et normalement dans la vie administrative. L'administration demande au fonctionnaire de ne pas se dépouiller de sa qualité de fonctionnaire, d'agir comme un fonctionnaire et non simplement comme un homme « avec ses passions et ses défaillances ». Si l'administration porte le fardeau des fautes du fonctionnaire proprement dit, elle ne peut prendre à sa charge celle de l'homme. Aussi le fonctionnaire de *mauvaise foi* est-il civilement responsable.

Cependant, la responsabilité civile du fonctionnaire est plus lourde que sa responsabilité pénale. Certes, le juge n'est pas lié par une présomption légale de culpabilité ; il statue toujours d'après une appréciation souveraine des faits, en tenant compte des circonstances et de la situation

hiérarchique des agents. Toutefois, lorsqu'il s'agit de responsabilité civile, le juge doit rechercher si le fonctionnaire a commis une *erreur grossière* ; le fonctionnaire est en effet, responsable, non seulement de sa mauvaise foi, mais aussi de son erreur grossière. Dans une lutte de patrimoines, au contraire de ce qui se passe dans l'action pénale dirigée contre la personne, la bonne foi de l'agent ne peut décider à elle seule de la question de responsabilité pécuniaire. Dans la mêlée incessante des activités, des patrimoines sont amoindris : l'administration doit défendre le sien. Elle a le devoir et le droit de protéger son patrimoine contre les actes *anormaux* de l'agent administratif.

Si l'administration se contente d'agents ayant un degré moyen d'intelligence et d'activité, en vérité d'une certaine médiocrité, elle ne peut tolérer une totale imperfection. Aussi, le fonctionnaire est-il tenu de réparer lui-même les préjudices qu'il cause, par un acte détachable de sa fonction. Pour apprécier les indemnités qui vont frapper le patrimoine du fonctionnaire, l'autorité judiciaire est compétente, naturellement sous l'arbitrage du Tribunal des Conflits (1).

* * *

Le *fonctionnaire subalterne* est responsable civilement de son fait personnel, s'il reçoit un ordre hiérarchique, de même que s'il agit de sa propre initiative.

(1) Les juges saisis d'une demande en dommages-intérêts dirigée contre des fonctionnaires doivent, pour statuer sur leur propre compétence, rechercher, non pas si les fautes imputées au défendeur sont réelles, mais s'il leur appartient de connaître d'une demande fondée sur l'existence prétendue de ces défauts. — Bordeaux, 11 juillet 1904, Demoiselle *Reveillas*, S. 1906. 2. 6.

Lorsque l'*ordre* adressé à l'inférieur est *légal*, celui-ci peut engager sa responsabilité par l'*inexécution* de cet ordre. Il faut supposer que l'instruction hiérarchique institue des garanties à l'égard des administrés ; si, de mauvaise foi, le fonctionnaire ne l'applique pas, il y a fait personnel engendrant à sa charge une responsabilité personnelle. Les maires, par exemple, ont qualité pour légaliser la signature de leurs administrés en vertu notamment du décret du 6 mars 1791 ; ils ne doivent certifier que celles qu'ils savent être véritables, car la légalisation a pour effet de donner l'authenticité aux signatures; en exécution du décret de 1791, intervint une circulaire ministérielle, en date du 11 octobre 1824, aux termes de laquelle il était recommandé aux maires de faire apposer la signature en leur présence, ou de la faire attester par des témoins dignes de foi. Un maire, n'ayant pas pris ces précautions, fut condamné à des dommages-intérêts ; il avait, en effet, commis au moins une erreur grossière (1).

Dans la même hypothèse d'ordre légal reçu par un subalterne, celui-ci peut, d'ailleurs, d'autre manière, se rendre coupable d'un fait personnel : tout en observant l'ordre reçu, sa mauvaise foi peut se manifester *dans l'exécution*. Ainsi, l'administrateur d'une commune mixte en Algérie avait, par application de la loi du 27 juin 1888 sur l'indigénat, donné l'ordre à un caïd d'expulser de la tribu un indigène ; le caïd manifesta bien évidemment son intention de nuire : chargé de l'expulsion d'une personne il y ajouta la destruction de la propriété de cette personne, de son gourbi, sans compter la dévastation des récoltes.

(1) Cour d'Agen, 17 juillet 1893, *Banizette*, S. 97. 1. 183.; D. 96. 1. 572.

Le Tribunal des Conflits jugea , à bon droit, qu'il y avait là fait personnel du Caïd (1).

L'erreur grossière dans l'exécution d'un ordre est, comme la mauvaise foi, constitutive du fait personnel : un général, en se conformant aux règlements militaires, avait, dans le but d'assurer la police d'un champ de tir où ses troupes exécutaient des exercices militaires, déterminé la zone réputée dangereuse et en avait interdit l'accès aux jours et heures fixées pour les tirs de combat. Un sous-officier et un soldat, dans l'exécution des ordres à eux donnés pour interdire l'accès de la zone dangereuse, se livrèrent sur un particulier à des actes de brutalité. Le tribunal civil se déclara compétent pour juger de l'action dirigée par ce particulier contre le sous-officier et le soldat; car, des termes de l'ordre de service, il ressortait, sans qu'il fût besoin de l'interpréter, que l'ordre ne comprenait pas l'injonction d'user de violences graves comme moyen de contrainte (2).

Lorsque l'inférieur reçoit un *ordre illégal* et l'*exécute* : il peut pareillement encourir une responsabilité civile.

Il sera très facile de découvrir son fait personnel dans les hypothèses où il a engagé sa responsabilité pénale en

(1) Trib. des Confl., 11 juillet 1891, *Mohammed-ben-Belkassem*, LEBON, p. 543, D. 92. 3. 125. et S. 93. 3. 65, av. note Hauriou.

(2) Dijon, 20 juillet 1894, *Gresler*, S. 95. 2. 164.

Cf. Trib. des Confl., 24 novembre 1894, *Saffroy*, LEBON, p. 629, S. 1896. 3. 143.; D. 1896. 3. 10. Un conducteur des Ponts-et-Chaussées avait reçu des *instructions ministérielles* (dépêche en date du 29 octobre 1887) à l'effet de s'opposer à l'enlèvement, sans l'autorisation de l'administration, du poisson pêché dans un étang domanial. Il alla bien manifestement au-delà de cet ordre : il expulsa dudit terrain domanial un huissier venu pour saisir le poisson appartenant au fermier de la pêche; il retint un tombereau prêté par un tiers à cet huissier pour emporter

même temps que sa responsabilité civile, si, par exemple, contre lui sont intentées à la fois une action en diffamation et une action en dommages-intérêts (1).

Les cas où le subalterne encourt seulement une responsabilité civile sont plus délicats à juger. L'espèce suivante s'est très souvent rencontrée en jurisprudence : le maire doit, avant toute élection, afficher un tableau rectificatif de la liste électorale, il doit y radier les électeurs privés de leurs droits civils et politiques par jugement ayant force de chose jugée. Or, des instructions de l'administration supérieure prescrivent au maire d'inscrire en regard du nom radié la mention du jugement, cause de l'incapacité. Si le maire, exécutant des ordres hiérarchiques, mentionne purement et simplement le jugement sur le tableau rectificatif, il ne commet aucun fait personnel (2). Au contraire, le Tribunal des Conflits a décidé que, si le maire ne se contente pas de cette mention sur le tableau et fait placarder un avis spécial indiquant, par exemple, qu'un électeur a été déclaré en faillite, il y a là une circonstance détachable de l'acte administratif, une intention de nuire du maire dans l'exécution de l'ordre à lui adressé (3).

le poisson saisi, et se servit ensuite de ce tombereau pour les pêches du poisson de l'étang effectuées pour l'Etat. Le Trib. des Confl. a déclaré naturellement que « l'exécution des instructions données dans cette dépêche ministérielle du 29 octobre 1887 ne rendait pas nécessaires les actes reprochés au sieur Saffroy », et « n'ont pas le caractère administratif. »

(1) Cf. Orléans, 28 juin 1872 ; Cass., 25 janvier 1873, *Engelhard*, D. 73. 1. 289.

Cf. Trib. des Confl., 15 février 1890, *Vincent*, LEBON, 183., D. 91. 3. 31.; S. 92. 3. 71.

(2) Trib. des Confl., 26 juin 1897, *Estabe*, LEBON, p. 499.

(3) Trib. des Confl., 4 décembre 1897, *Préfet de la Gironde*, LEBON, p. 759.

La mauvaise foi de l'agent subalterne d'exécution est parfois évidente : elle sera, ainsi, parfaitement décelée dans les affaires de lacérations d'affiches ; l'art. 17 de la loi du 29 juillet 1881 ne se borne pas à réprimer la lacération des affiches électorales commise par les particuliers, elle prévoit spécialement le cas où des fonctionnaires se seraient rendus coupables du même fait et les punit d'une peine plus grave ; aussi le Tribunal des Conflits a jugé que « l'acte ainsi interdit aux fonctionnaires par une prohibition formelle de la loi pénale ne saurait, alors même qu'il aurait été accompli sur les ordres du ministre de l'Intérieur, revêtir le caractère ni d'un acte administratif, ni d'un acte de gouvernement » ; il y avait fait personnel des fonctionnaires, violation flagrante de la loi (1).

A contrario il faut évidemment décider que n'est pas responsable civilement l'agent qui, tout en n'obéissant pas à un ordre légal (2) ou tout en obéissant à un ordre illégal (3), n'a pas accompli un fait personnel.

(1) Trib. des Confl., 15 février 1890, *Vincent*, Lebon, p. 183, D. 1891. 3. 31 ; S. 1892. 3. 71. Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts formée par le sieur Vincent contre le sieur Fosse, sous-préfet, et contre les sieurs Bourgeois et Thomas, agents de police, à raison du préjudice résultant du fait de lacération d'affiches apposées sur les murs de la ville de Reims pour recommander la candidature du général Boulanger aux élections du Conseil général. — Cf. Trib. d'Avranches, 7 août 1903 et Cour de Caen, 15 février 1904, *Dreano et Hay*, D. 1904. 2. 43. L'action était dirigée contre un afficheur public et un commissaire de police qui, sur ordres hiérarchiques, avaient opéré une lacération d'affiches apposées pour critiquer la fermeture des écoles congréganistes.

(2) Cf. Trib. des Confl., 9 décembre 1899, *Deyres*, D, 1900. 3. 91 : il n'y a pas fait personnel pour un employé des postes et télégraphes qui a refusé l'envoi d'une dépêche par une application erronée, mais de bonne foi, des règlements.

(3) Cf. Bourges, 20 août 1828, *Roland d'Arbousse*, D. 1828 2 4.

Cf. Trib. des Confl, 12 mai 1877, *Gagne*, S. 79. 2. 128 ; D. 78. 3. 3. : il est excessif de dire comme cet arrêt qu'il y a fait personnel de la part

*
* *

Entre le cas où le fonctionnaire subalterne agit de sa propre initiative et celui où il agit après réception d'un ordre hiérarchique, il existe naturellement cette différence que, dans la seconde hypothèse, deux responsabilités peuvent être engagées, celle du subalterne et celle du *supérieur*. Si ces responsabilités peuvent se cumuler, elles peuvent d'ailleurs aussi se rencontrer l'une sans l'autre : il peut y avoir uniquement *fait personnel* de l'un ou l'autre agent de l'administration.

Si l'ordre a été émis par un *ministre*, la question est fort controversée de savoir si celui-ci peut encourir une responsabilité civile envers les particuliers : en réalité, rien ne s'oppose à la poursuite du ministre. De nombreux projets de loi sur cette matière furent élaborés par le gouvernement de Juillet : ils n'aboutirent pas ; car on hésita entre deux voies, consistant soit à étendre l'action des Chambres en matière civile, soit à affirmer la compétence du juge de droit commun dont on craignait la dépendance par rapport au pouvoir exécutif. Actuellement les tribunaux, dans le silence des textes, ont pris l'habitude de se

d'un cantonnier qui, sur l'ordre de ses chefs, avait enlevé des pierres, sans que les formalités du décret du 8 février 1868 eussent été remplies.

Cf. Trib. des Confl., 22 avril 1882, *Soleillet*. S. 84. 3. 26 : pas de fait personnel pour un gouverneur qui, sur ordre hiérarchique, transmet simplement à un explorateur la décision du ministre qui met fin à sa mission.

Cf. Agen, 24 mars 1903, *B...* S. 1904. 2. 166.

Cf. Trib. des Confl., 22 avril 1910, *abbé Piment*, Lebon, p. 323, S. 1910, 3. 129; D. 1911. 3. 41 : contre l'agent communal qui, sur l'ordre du maire, avait sonné les cloches à l'occasion d'un enterrement civil, il n'a été relevé « aucune faute personnelle se détachant de sa fonction ».

déclarer incompétents, cela revient à proclamer l'irresponsabilité civile des ministres envers les particuliers. Ainsi, des individus, condamnés au bagne par la Cour de la Martinique, se pourvurent en cassation; leur pourvoi s'égara deux ans au ministère de la Justice; retrouvé il fut accueilli par la Cour de cassation, et l'affaire renvoyée se termina par un acquittement. Ils intentèrent alors contre le ministre de la Justice une action en dommages-intérêts. La Cour de Paris se déclara incompétente (1); en réalité, on peut se demander s'il n'y avait pas là faute de service, à juger d'ailleurs par le Conseil d'Etat et, par conséquent, responsabilité de l'administration elle-même. Plus récemment, dans des poursuites dirigées par le directeur de la *Croix* contre M. Millerand pour un discours que celui-ci avait prononcé, le Tribunal de la Seine se déclara de même incompétent (2). En vérité, on n'aperçoit aucune bonne raison de ne pas appliquer aux ministres la solution admise pour les autres supérieurs hiérarchiques : à fait personnel doit correspondre responsabilité personnelle. Il ne faut pas hésiter à laisser aux tribunaux de droit commun leur compétence ordinaire : le Sénat ne peut statuer sur l'action civile; la Cour des Comptes ne juge que des comptables et le Conseil d'Etat que des actes administratifs; les tribunaux judiciaires apprécient seuls la responsabilité personnelle de tous les fonctionnaires pour leur fait personnel.

Pour les supérieurs hiérarchiques autres que les ministres, aucune difficulté sérieuse ne peut se présenter.

(1) Cour de Paris, 2 mars 1829, S. 1829. 2. 225.

(2 Tribunal de la Seine, 28 février 1900. Gaz. Trib., 1er mars 1900.

La *simple émission* d'un ordre peut constituer pour le supérieur hiérarchique un fait personnel entraînant sa responsabilité civile. Ainsi un maire donne l'ordre d'exécuter d'office la démolition du mur qu'un particulier construit le long d'un ruisseau, cette mesure ne rentre, ni dans la police municipale, ni dans la police des eaux ; il y a là, à tout le moins, erreur grossière du maire sur sa compétence (1).

Souvent, dans des querelles politico-religieuses de village, on voit l'homme, et non plus le fonctionnaire, agir avec ses passions les plus malsaines : l'homme, et non pas l'administration, est alors responsable. Un maire, par exemple, avait adressé l'ordre verbal à un agent communal de sonner les cloches à l'occasion d'un enterrement civil, alors qu'un arrêté municipal avait bien règlementé les sonneries, mais n'avait nullement prévu cet usage des cloches (abbé Mignon), ou alors que n'était intervenu aucun arrêté municipal (abbé Piment). Il y avait fait personnel du maire, attendu que son acte ne se rattachait pas à l'exécution d'un arrêté précis prévu par la loi du 9 décembre 1905 et le décret du 16 mars 1906, et que, par ailleurs, ne se rencontraient pas les circonstances particulières où l'art. 51 dudit décret admet la possibilité de

(1) Trib. des Confl., 24 décembre 1904, *Montlaur et Mary*, D. 1906. 3. 58.

Cf. Bourges, 20 août 1828, *Roland d'Arbousse*, D. 1828. 2. 4 : est engagée la responsabilité du maire qui, sans autorisation, a donné l'ordre à un voyer d'arracher une haie pour élargir un chemin.

Cf. Cass., 5 août 1901, *Esbrayat*, D. 1901. 1. 505. : est responsable personnellement le maire qui, sans avis préalable, contrairement au règlement général sur la matière, donne l'ordre d'élaguer, d'arracher ou d'enlever des arbres plantés sur une propriété bordant un chemin vicinal, même s' « il n'est pas établi que les ordres donnés par le maire aient visé spécialement la propriété d'Esbrayat. »

l'usage des cloches pour des sonneries civiles. L'inobservation de la loi, formelle sur ce point, était flagrante et intentionnelle. M. Hauriou a montré que, de plus, la procédure habituelle de l'administration n'avait pas été suivie dans ces espèces. Généralement et normalement, l'ordre hiérarchique est écrit; cette pratique n'est évidemment pas nécessaire, elle offre du moins cet avantage de donner le temps de la réflexion, l'émission de la décision exécutoire se trouvant naturellement séparée du passage à l'exécution. Il est plus sûr aussi de faire précéder les décisions particulières, même écrites, d'une décision générale et règlementaire : c'est là une mesure prudente pour le fonctionnaire, et d'ailleurs nécessaire légalement, dans les hypothèses particulières de sonneries de cloches (1)

Au total, pour qu'il y ait fait personnel du fonctionnaire les mêmes conditions sont requises, que ce soit un subalterne qui agisse, ou un supérieur. Ce supérieur peut, du reste, fort bien faire exécuter des ordres qui viennent de plus haut et qu'à titre de subalterne il a lui-même reçus. L'affaire célèbre des « saisies du comte de Paris » (2) en est un exemple : le comte de Paris avait adressé aux mai-

(1) Trib. des Confl., 22 avril 1910, *abbé Piment*, LEBON, p. 323; 4 juin 1910, *abbé Mignon*, LEBON, p. 442. — Ces deux arrêts sont rapportés : S. 1910. 3. 129 (note HAURIOU) et D. 1911. 3. 41.

Cf. Cass. Req., 4 août 1880, *Delcassé*, S. 82. 1. 83 : il a été jugé que le maire avait commis une faute personnelle, parce que, en dehors de toute circonstance se rattachant à l'ordre public et à la sécurité des habitants, il avait donné des ordres et pris des mesures pour interdire l'entrée du cimetière à un enterrement civil.

(2) Saisies du comte de Paris : Trib. des Confl., 25 mars 1889, S. 91. 3. 32. — 2e espèce : *Usannaz-Joris*. — Dans la 1re et la 3e espèces, il y avait, non pas action en indemnité, mais action en restitution d'exemplaires d'un manifeste du comte de Paris, de griffes et de clichés ayant servi à l'impression, ou de dessins représentant le comte.

res, par la poste, des lettres recommandées contenant une circulaire; saisie et ouverture de ces lettres furent opérées sur ordre du ministre de l'Intérieur, transmis par la préfecture au receveur des postes. Le Tribunal des Conflits annula l'arrêté de conflit élevé, c'est-à-dire reconnut qu'il y avait fait personnel en ce qui concerne le préfet et son remplaçant, le conseiller de préfecture : ceux-ci étaient des supérieurs par rapport au receveur des postes qui avait exécuté l'ordre, et des inférieurs par rapport au ministre qui avait émis l'ordre transmis. Ainsi, il peut y avoir, non seulement cumul des responsabilités de l'inférieur et du supérieur quand il y a deux fonctionnaires distincts, mais aussi cumul des situations hiérarchiques en la personne d'un seul fonctionnaire qui ordonne ce qui lui a été à lui-même ordonné.

Cependant il est un cas de fait personnel qui ne peut se rencontrer que dans des actes du supérieur : c'est celui où *le supérieur exécute lui-même* ce qu'il a ordonné. Dans la hiérarchie administrative, une division du travail s'est, en effet, produite : le chef hiérarchique qui prend des décisions n'a pas à les exécuter. Ces idées ont été déduites par M Hauriou d'un jugement où, par surcroît, le supérieur s'était rendu coupable d'une véritable voie de fait sur son administré. « Considérant, dit le Tribunal des Conflits, que la demande du sieur Uhel tend à obtenir réparation du préjudice que lui avait causé le sieur Le Visage, maire de la commune de Plouhinec, en l'empêchant de consulter le plan cadastral de la commune qui avait été mis à sa disposition par le secrétaire de la mairie; qu'à la vérité le sieur Le Visage soutient qu'en retirant ces documents, qu'il *avait interdit* à son secrétaire de communiquer

sans son autorisation préalable, il a pris une mesure rentrant dans ses attributions de maire, chargé d'assurer la conservation des archives communales; mais, considérant que cette intervention du maire, *envisagée en elle-même*, n'a pas de caractère administratif, et que ce caractère ne peut lui être reconnu à raison des *circonstances* dans lesquelles elle s'est produite..., l'arrêté de conflit est annulé ». Ainsi l'intervention du maire, en elle-même, n'avait pas de caractère administratif; c'est que la manutention matérielle des registres du plan cadastral est dans les attributions du secrétaire de mairie, l'exécution du service en elle-même devant demeurer étrangère au maire. Par ailleurs, les circonstances étaient loin de donner aux actes du maire le caractère administratif : en réalité, il y avait eu voie de fait du maire, contrainte physique exercée sur le plaignant pour lui retirer des mains les registres (1).

Quand, enfin, après le subalterne, le supérieur lui-même, n'ayant commis aucun fait personnel dans l'émission comme dans l'exécution d'un ordre, a été déclaré irresponsable civilement vis-à-vis des particuliers (2), ceux-ci ne

(1) Trib. des Confl., 20 janvier 1900, *Uhel*, LEBON, p. 51. S. 1900. 3. 91 (note HAURIOU), D. 1901. 3. 43.

(2) Cf. Trib. des Confl., 15 décembre 1877, *Figarède*, S. 1879. 2. 307 ; et Trib. des Confl., 29 décembre 1877 (cinq jugements, notamment *Camion*), S. 1879. 2. 312 (au sujet de colportage de journaux).

Cf. Trib. des Confl., 23 novembre 1878, *de Parcevaux*, S. 1880. 2. 154. : il n'y a pas fait personnel dans l'ordre donné par le préfet au secrétaire-greffier du conseil de préfecture de ne pas délivrer une expédition des procès-verbaux d'une enquête administrative à laquelle le conseil avait fait procéder.

Cf. Cass. Req., 26 janvier 1904. *Vauriot*, D. 1906. 1. 36. : Il n'y a pas fait personnel dans l'ordre d'un maire donné aux agents de police de ne plus requérir à l'avenir un docteur qui s'était fait porter sur la liste des médecins inscrits pour le service médical de nuit.

restent pas sans recours : ils peuvent s'attaquer au patrimoine administratif lui-même, pour obtenir réparation du préjudice que leur a causé l'agent de l'administration.

*
* *

L'*administration* est responsable civilement, vis-à-vis des particuliers qui ont subi un préjudice du *fait de service* survenu lors de l'exécution d'un ordre hiérarchique. L'administration, en effet, assure dans l'intérêt général l'observation de la loi et le fonctionnement normal des services publics; si elle cause un tort à un particulier, elle est tenue de le réparer; car tous, et non pas ce particulier seulement, doivent supporter les conséquences du fait de service, accompli dans le but de réaliser le bien de tous.

A la différence de ce qui se passe pour le fait personnel et la responsabilité du fonctionnaire, il n'appartient en principe qu'à la juridiction administrative de connaître des actions qui tendent à faire condamner l'Etat, puissance publique, comme responsable du fait ou de la négligence de ses agents (1); les tribunaux civils ne peuvent être régulièrement saisis de l'examen de cette responsabilité que dans le cas où la connaissance leur en a été expressément attribuée par une disposition légale (2).

On a coutume d'opposer au système français de la responsabilité administrative pour fait de service le *système anglais* qui, en règle générale, n'admet que la responsabi-

(1) Cf. Cass. civ., 27 octobre 1897, D. 98. 1. 86. — Trib. des Confl., 15 mars 1902, *Mascaras*, S. 1905. 3. 15.

(2) Cf. Cass. civ., 26 décembre 99. D. 1900. 1. 254.

lité des fonctionnaires, du supérieur et de l'inférieur. (1) Cependant, pour apprécier le droit anglais, il faut tenir compte de cette idée, indiquée par Goodnow et souvent admise en pratique, que « là où un fonctionnaire public est tenu à des dommages-intérêts pour avoir exécuté les ordres d'un supérieur, le gouvernement est moralement tenu de l'indemniser. » (2) De plus, des textes de loi exonèrent de toute responsabilité personnelle certains fonctionnaires qui entrent en contact direct avec le peuple. (3)

Considéré en ses grandes lignes, le système anglais a été fort critiqué. Il est vain de prétendre faire peser des responsabilités aussi lourdes sur des fonctionnaires qui ne peuvent trouver ni dans leur traitement, ni souvent dans leur fortune personnelle, les moyens d'y faire face. Si l'on veut sauvegarder les intérêts pécuniaires des administrés, ne va-t-on pas être obligé de réquisitionner des fonctionnaires possédant un minimum de richesses? Il est vrai que le risque d'insolvabilité du fonctionnaire se trouve de plus en plus diminué par la création d'institutions telles que les assurances mutuelles et les syndicats.

En face de la législation anglaise elle-même, il faut indiquer la *tendance allemande*. On y maintient la responsabilité du fonctionnaire de mauvaise foi ; cette responsabilité est, en effet, le meilleur moyen de rendre le fonctionnaire véritablement conscient de ses devoirs : intéressé à la

(1) Cf. Marcel SIBERT. *Situation juridique des fonctionnaires anglais*, « Revue du droit public », 1911, p. 225.

(2) GOODNOW. *Comparative administrative law*, 1892, t. II, p. 83.

(3) Cf. sur ce point, SIBERT, *loc cit.*, p. 229. — Ainsi en est-il des constables, des fonctionnaires des douanes et des contributions indirectes, des fonctionnaires agissant *bona fide* en vertu des actes sur la santé publique.

marche des services publics, il y apporte plus de zèle. Seulement, dans ce système tout à fait équitable, on veut faire supporter à l'administration le risque de l'insolvabilité de son agent. En ce sens a été déposé un projet gouvernemental au Landtag prussien. Et, déjà, la loi prussienne sur les livres fonciers (art. 12) décide que, si un fonctionnaire des hypothèques a sciemment ou par négligence dans son service, causé un dommage à un tiers (dans les conditions de l'art. 829 du C. civ.), le tiers lésé a la faculté de poursuivre directement l'Etat et de se faire accorder réparation; l'Etat conserve le droit de recourir par la suite en garantie contre l'auteur du dommage (1).

L'analyse antérieurement faite de notre jurisprudence sur le « fait personnel » du fonctionnaire permet seule de saisir tout le contenu de cette notion si souple de « fait personnel » et par *a contrario* le sens de celle de « fait de service »; elle permet d'affirmer que la *conception française* se tient à égale distance de la théorie anglaise et de l'idée allemande. Notre jurisprudence est protectrice des droits des particuliers, en ce qu'elle déclare l'administration responsable de tout préjudice que le fonctionnaire a pu normalement causer par un fait de service. En même temps, elle défend le patrimoine administratif contre les actes des fonctionnaires qui voudraient détourner la fonction de son but et commettraient un fait personnel.

M. Jèze (2) a nié l'opposition rigoureuse qui est admise en jurisprudence entre le fait de service et le fait personnel, et qui engendre le principe du *non-cumul* des responsabi-

(1) Cf. *Revue générale d'administration*, 1908, t. II, p. 324.

(2) Cf. Jèze. *Responsabilité des patrimoines administratifs*, « Revue du droit public », 1910, t. XXVII, p. 76.

lités de l'administration et du fonctionnaire. Il admet qu'il peut y avoir actuellement responsabilité de l'administration à côté de la responsabilité du fonctionnaire, et il prétend appuyer cette affirmation sur un arrêt du Conseil d'Etat (1). Il s'agissait, dans l'espèce jugée par le Conseil, d'un lieutenant qui, par une proclamation de l'état de siège, avait gêné les entreprises d'une compagnie concessionnaire ; celle-ci demanda à l'Etat des dommages-intérêts ; le Conseil d'Etat décida que, même s'il y avait fait personnel du lieutenant, la responsabilité de l'Etat serait engagée en même temps que celle de son agent, si la compagnie démontrait qu'elle avait subi un préjudice. M. Jèze en conclut que le cumul des responsabilités est toujours possible ; selon cet auteur, la distinction entre le fait de service et le fait personnel est une théorie très subtile, imaginée uniquement pour régler une question de procédure, celle de savoir devant quel tribunal judiciaire ou administratif l'action doit être portée.

En réalité, M. Jèze a raisonné sur une espèce toute particulière : il y avait eu alors inexécution d'un contrat de concession passée entre l'Etat et une compagnie ; or, bien évidemment, la responsabilité contractuelle de l'Etat peut subsister, même avec un simple fait personnel du fonctionnaire, sans fait de service. D'autre part, il faut repousser la tentative de M. Jèze d'expliquer par une question de compétence la distinction jurisprudentielle du fait de service et du fait personnel. Des lois ont appliqué le principe de non-cumul des responsabilités dans des hypothèses où la responsabilité de l'administration relève des

(1) Cons. d'Et., 12 février 1909, *Compagnie commerciale de colonisation du Congo français*, LEBON, p. 153.

tribunaux civils, absolument comme en relèverait le fait personnel du fonctionnaire : « telle est, par exemple, la loi du 20 juillet 1899, par laquelle la responsabilité civile de l'Etat a été substituée à celle des membres de l'enseignement public pour les accidents scolaires, en vertu de laquelle, par conséquent, on va voir l'Etat poursuivi devant le tribunal civil, alors que l'instituteur ne pourra pas l'être et que les deux responsabilités ne se cumuleront pas (1) ».

Toutefois, rien ne s'opposerait au cumul des responsabilités de l'administration et du fonctionnaire quand le fait personnel de celui-ci a été une cause d'enrichissement pour le patrimoine administratif; en toute équité, l'Etat doit alors une indemnité représentant le gain qu'il a touché sans droit : l'équilibre des patrimoines doit être rétabli. Sous cette réserve, il faut du moins affirmer le principe que le patrimoine administratif doit réparer le préjudice causé aux administrés par un fait de service, quand le supérieur qui a émis l'ordre hiérarchique ou le subalterne qui l'a exécuté ne sont pas civilement déclarés responsables (2).

(1) Hauriou. *Précis de droit administratif*, 7e édition, p. 493.
Cf. Teissier. *La responsabilité de la puissance publique*, n° 54.
Moreau. *Droit administratif*, p. 639 et 640, n° 451.

(2) Souvent, le Tribunal des Conflits, en validant un arrêté de conflit, indique, au moins implicitement, qu'est possible le recours en indemnité contre le patrimoine administratif lui-même, devant la juridiction administrative.

Cf. Trib. des Confl., 11 juin 1904, *Level*, D. 1906. 3. 28 : « Considérant que, si les sieurs Level et consorts se croyaient fondés à soutenir que l'interdiction dont ils étaient l'objet n'était pas légalement justifiée, ce n'était pas au moyen d'une action portée contre le sieur Bernard devant l'autorité judiciaire qu'ils pouvaient faire valoir leur prétention... »

B

Des recours pour excès de pouvoir s'appuyant sur un ordre hiérarchique ou dirigés contre lui

Accorder des indemnités au particulier lésé par l'exécution d'un ordre hiérarchique illégal ou l'inexécution d'un ordre légal, est fort équitable; mais ce n'est là qu'une réparation plus ou moins approximative du préjudice causé, une protection après coup, *a posteriori*. La plupart du temps, les administrés aiment mieux ne subir aucun dommage que recevoir une compensation pécuniaire, surtout lorsqu'elle est dûe par un fonctionnaire insolvable, au cas de fait personnel. Il est donc du plus haut intérêt de savoir s'il existe pour les particuliers un *moyen préventif* de se prémunir contre les actes illégaux des fonctionnaires subalternes. L'intérêt de ce problème est d'autant plus certain qu'il n'y a pas en droit administratif de juge du référé (1) ; c'est dire que la justice est longue à intervenir contre l'administration qui a le privilège de l'exécution préalable, ou contre l'agent de cette administration. Ainsi, il faut examiner si l'administré, devant l'exécution menaçante d'un ordre hiérarchique, peut agir, non pas pour l'entraver par la force

(1) Cf. Cons. d'Et., 23 mars 1907, *Chapon*, S. 1907. 3. 130.

lorsqu'elle est commencée, mais pour empêcher juridiquement qu'elle puisse être commencée ou renouvelée, en faisant annuler la décision hiérarchique qui ordonne l'exécution au fonctionnaire subalterne. C'est là une question essentiellement pratique, puisqu'en fait les décisions exécutoires importantes sont prises par les autorités administratives supérieures et transmises au moyen d'ordres de service aux agents inférieurs.

*
* *

Pour débroussailler le problème de la défense préventive des particuliers contre un ordre hiérarchique, il convient de mettre immédiatement de côté les recours hiérarchiques et non contentieux recevables contre un ordre : leur étude ne présente pas grand intérêt (1).

Il y a, tout d'abord, possibilité certaine de saisir le premier acte administratif faisant grief, engendré par l'ordre hiérarchique : l'administré, qui y a intérêt, peut intenter le recours pour excès de pouvoir *contre une décision prise en exécution d'un ordre illégal.*

(1) Par ailleurs, les recours contentieux en *interprétation* d'un ordre n'ont pas à être non plus examinés ; ils n'offrent aucune difficulté : compétence appartient en principe aux tribunaux administratifs ; d'autre part, à la différence des recours pour excès de pouvoir, ils ne produisent effets qu'*inter partes*.— Cf. Trib. des Confl., 15 novembre 1879, *Sicard*, D. 1880. 3. 95. — Cass. 4 avril 1876. D. 77. 1. 69.

Trib. des Confl., 16 novembre 1901, *Greco*, S. 1904. 3. 101 et D. 1903. 3 21 : un gendarme était dans l'exercice de ses fonctions lorsque, contrairement à un ordre à lui donné quelques instants avant par son brigadier, il fit feu sur un taureau qui parcourait en état de fureur les rues de Souk-el-Arba ; une balle traversant la porte du sieur Greco le blessa dans sa maison : pour l'interprétation de l'ordre, le Tribunal des Conflits rappelle que les tribunaux administratifs sont seuls compétents.

Le fonctionnaire subalterne, qui a reçu un ordre de l'autorité supérieure, prend en effet souvent, lui-même, une décision exécutoire en vue d'assurer l'application de cet ordre : à cette décision, l'administré peut sans conteste s'attaquer. Le tribunal peut ainsi tourner la difficulté : souvent il ne discute pas le point de savoir si un recours contre l'ordre hiérarchique est recevable, il s'empresse d'accueillir le recours contre la décision prise en exécution de l'ordre. Le Conseil d'Etat a usé de ce biais, par exemple dans l'arrêt du Consistoire israëlite d'Oran (1). L'art. 7 du décret du 27 septembre 1903 attribue aux bureaux de bienfaisance le produit du droit dit de couteau et des taxes sur les denrées, sous la seule déduction de certains frais du consistoire limitativement énumérés et dont le montant total ne peut excéder 5/12 de ce produit ; des difficultés dans l'interprétation de ce texte s'élevèrent, et une décision du préfet d'Oran intervint sur ces points, après réception d'instructions du gouverneur général de l'Algérie. Le consistoire intenta alors un recours pour excès de pouvoir contre les instructions du gouverneur et la décision du préfet. Le gouverneur général de l'Algérie et le ministre de l'Instruction publique et des Cultes présentèrent des observations tendant à faire rejeter le pourvoi par ce motif

(1) Cons. d'Et., 15 janvier 1909, *Consistoire israëlite d'Oran*, LEBON, p. 27. Le Consistoire d'Oran prétendait prélever sur le produit brut du droit de couteau le montant de l'annuité due par la communauté et représentant les intérêts et l'amortissement d'un emprunt contracté avant le décret de 1903, à une époque où la communauté croyait pouvoir disposer dans l'avenir de ce produit ; il prétendait qu'il n'était tenu de verser au bureau de bienfaisance que les sept douzièmes du produit du droit de couteau après ce prélèvement opéré.

Cf. Cons. d'Et., 28 février 1890, *P. L. M.*, LEBON, p. 245.
Cons. d'Et., 13 mars 1903, *Allicane*, LEBON, p. 238.
Cons. d'Et., 11 novembre 1904, *Bostard*, LEBON, p. 692.

que les instructions adressées au préfet par le gouverneur ne constituaient pas un acte de nature à faire l'objet d'un recours contentieux à fin d'annulation. Le Conseil d'Etat n'a pas jugé nécessaire d'examiner les instructions du gouverneur; c'est uniquement contre la décision du préfet, prise en exécution de ces instructions, et faisant certainement grief aux demandeurs, qu'il a déclaré le pourvoi recevable en la forme, tout en le repoussant au fond.

Souvent, d'ailleurs, il est fort utile de pouvoir intenter un recours contre la décision prise en exécution de l'ordre. D'une part, le demandeur peut ainsi empêcher, moralement au moins, une exécution par la voie administrative. Dans une espèce jugée par le Conseil d'Etat, le ministre de la Justice et des Cultes avait émis l'avis qu'une commune ne pouvait continuer à loger gratuitement le desservant et avait enjoint au préfet d'inviter la commune à passer dans le plus bref délai un bail avec ledit prêtre, faute de quoi il serait statué sur la nécessité de procéder par la voie administrative à l'évacuation du presbytère; le préfet avait pris une décision dans ce sens et l'avait notifiée à la commune ; un recours intenté contre cette décision a été déclaré recevable en la forme (1). D'autre part et surtout, le demandeur peut ainsi arrêter l'application d'un ordre hiérarchique lorsque celle-ci a un caractère continu. L'arrêt suivant révèle assez bien cet avantage. A la suite de discussions entre Chomel et une receveuse des postes, le directeur départemental des postes reçut de l'administration supérieure l'ordre d'obliger Chomel à placer une boîte et une sonnerie à la porte de son enclos, sous prétexte du danger que présenterait, pour le porteur de télégrammes, la pré-

(1) Cons. d'Et., 26 mai 1911, *Commune de Heugas*, LEBON, p. 625.

sence d'un chien préposé à la garde de la propriété, et sous peine de voir les télégrammes à lui adressés consignés au bureau de la poste. Le Conseil d'Etat annula la décision du directeur des postes prise en exécution de ces ordres hiérarchiques (1).

Cependant, il apparaît que la possibilité d'intenter un recours contre la décision prise en exécution d'un ordre est une garantie radicalement insuffisante pour l'administré. En effet, cette décision, quand elle existe, intervient souvent très tard, au moment même de l'exécution de l'ordre. Aussi, importe-t-il de savoir si juridictionnellement l'administré ne peut rien lorsqu'il est tenu sous la menace d'un *ordre* hiérarchique, pris et connu bien avant l'exécution ; dans l'examen de ce problème, il convient d'exposer l'*état* de la jurisprudence, puis d'en présenter la *critique*.

* * *

C'est un fait qu'il existe en jurisprudence des arrêts du Conseil d'Etat déclarant recevables des recours pour excès de pouvoir, s'appuyant *sur* un ordre hiérarchique légal ou dirigés *contre* un ordre hiérarchique illégal.

D'une part, des arrêts décident que les particuliers, qui y ont intérêt, peuvent demander l'annulation d'une mesure prise en violation d'une instruction *légale* qui organise des garanties pour la sauvegarde de leurs droits. C'est ce que le Conseil d'Etat a jugé dans une hypothèse où un préfet avait ordonné la suppression d'un barrage sans avoir fait procéder à aucune enquête ; le préfet avait, par suite, méconnu les prescriptions de l'instruction ministé-

(1) Cons. d'Et., 29 décembre 1911, *Chomel*, « Revue du droit public », 1912, p. 36.

rielle du 19 thermidor an VI, qui enjoint à l'administration d'afficher les demandes d'autorisation et d'appeler tous les intéressés à présenter leurs observations. M. le commissaire du gouvernement Robert a précisé lui-même toute la portée de l'arrêt en ces termes : « Impuissantes pour restreindre les droits que les administrés tiennent de la loi ou des décrets rendus pour son exécution, les instructions ministérielles ont une autorité incontestable lorsque, règlant les devoirs et les attributions des fonctionnaires administratifs, elles tracent ainsi pour chacun les limites de la délégation qui lui a été faite au nom du chef du pouvoir exécutif et lorsque, bien loin de porter atteinte aux droits privés, elles les entourent d'une protection salutaire » (1). Ce que, pour cet espèce, le commissaire du gouvernement a dit des instructions ministérielles, manifestation de l'activité des autorités administratives supérieures, doit évidemment être étendu à tous ordres hiérarchiques légaux.

D'autre part, des arrêts admettent des recours tendant à faire annuler des ordres hiérarchiques *illégaux*. Parfois, le Conseil d'Etat annule en même temps et un ordre hiérarchique et une décision prise en exécution de cet ordre. Ainsi, a été déclaré recevable un pourvoi intenté, et contre une instruction ministérielle interprétant le cahier des charges d'une concession de fournitures, et contre une décision ultérieure par laquelle le ministre faisait application au demandeur de cette instruction (2).

(1) Cons. d'Et., 15 juin 1864, *Gaunard*, LEBON, p. 573 (Conclusions du commissaire du gouvernement Robert), S. 1864. 2. 151. et D. 1865. 3. 19. Cf. Cons. d'Et., 6 août 1909, *Ragot*, LEBON, p. 809.

(2) Cons. d'Et., 9 mars 1906, *Dame Léon Maître*, LEBON, p. 219. L'instruction hiérarchique portait que le fournisseur devait rembourser à

Dans d'autres hypothèses, l'action est intentée uniquement contre l'ordre hiérarchique illégal : ce dernier seul est annulé par le Conseil d'Etat. C'est la solution intervenue dans l'arrêt Thibaut (1). Thibaut demandait l'annulation d'une circulaire en date du 14 septembre 1905, par laquelle le ministre prescrivait de classer les sous-officiers de la justice militaire, inscrits au tableau d'avancement pour le grade d'officier d'administration de 3e classe, d'après l'ancienneté respective des concurrents dans le grade de sergent ou de maréchal des logis; il prétendait qu'elle était contraire à l'art. 4 de l'ordonnance du 16 mars 1838 et à l'art. 10 du décret du 9 juin 1900, par lesquels l'ancienneté dans l'emploi d'adjudant commis-greffier, et non celle dans le grade de sergent, devait déterminer le rang sur le tableau d'avancement. Le ministre, de son côté, affirmait que la décision attaquée n'avait pas touché le requérant ; il faisait valoir, d'une part, que si l'on avait suivi rigoureusement l'ordre de classement du tableau, Thibaut ne serait pas encore promu; d'autre part, que le ministre a toujours le droit de procéder aux nominations au choix sans tenir compte du rang d'ancienneté. Le Conseil d'Etat a annulé la circulaire; le demandeur avait intérêt à agir : en jurisprudence, le rang d'ancienneté dans le grade d'officier ou de sous-officier est considéré, en effet très justement comme l'un des éléments de l'état des militaires ; en fait, d'ailleurs, l'ancienneté joue un rôle, même dans les nominations au choix. Vraiment, on devrait

l'administration, non seulement le prix du pain rejeté pour avaries attribuées à un vice de fabrication, mais aussi la valeur des caisses refusées.

(1) Cons d'Et., 1er juin 1906, *Thibaut*, Lebon, p. 502, S. 1908. 3. 140., D. 1907. 3. 123.

se demander pourquoi le législateur aurait exigé l'établissement de tableaux d'avancement s'ils pouvaient être modifiés selon les caprices du ministre.

Plus récemment encore, un individu intentait un recours contre une instruction ministérielle, en prétendant à l'encontre de cette instruction qu'il devait être considéré pour les frais de route comme un fonctionnaire du cadre militaire : le Conseil d'Etat déclara recevable en la forme le recours contre cet ordre hiérarchique (1).

Il ne faut, d'ailleurs, pas croire avec M. Jèze (2) que seules des instructions ou circulaires ministérielles, ordres hiérarchiques à allure règlementaire, peuvent être et ont été annulées par le Conseil d'Etat. Celui-ci a déclaré recevable en la forme un recours pour excès de pouvoir intenté par un maire contre un ordre hiérarchique *préfectoral* qui était adressé à des instituteurs et qui du reste en la circonstance était légal (3) : « Considérant, dit l'arrêt, que par les *décisions* attaquées, le préfet du département de la Marne a *ordonné* l'enlèvement des emblèmes religieux des écoles publiques de Sainte-Memmie ; considérant que si les emblèmes dont il s'agit appartiennent à la commune et si, par suite, il ne peut en être disposé sans sa volonté, cette circonstance ne saurait conférer à la commune le droit d'en exiger le maintien dans un local affecté au service public de l'Etat (4)... ; que, dès lors, *en*

(1) Cons. d'Et., 3 février 1911, *Rossi*, « Revue du droit public », 1911, p. 684.

(2) JÈZE. *Revue du droit public*, 1906, p. 246 et 1911, p. 684.

(3) Cons. d'Et., 30 avril 1909, *Commune de Sainte-Memmie*, LEBON, p. 433.

(4) « Que c'est en effet, continue l'arrêt, au service public affectataire, seul compétent en la matière, qu'il appartient de déterminer les objets

ordonnant, par les *décisions* attaquées, que les emblèmes religieux des écoles de Sainte-Memmie seraient remis à la disposition de la commune, le préfet n'a pas excédé ses pouvoirs...». Au surplus, dans l'arrêt Bruant, le Conseil d'Etat a annulé l'ordre hiérarchique *individuel* d'un *maire* adressé à un agent communal (1). Le maire de Breurey-les-Faverney avait fait sonner les cloches de l'église paroissiale pour annoncer le décès d'une personne qui s'était volontairement donné la mort; l'abbé Bruant demanda au Conseil d'Etat de décider qu'il y avait excès de pouvoir. Le garde des sceaux, lui-même, reconnut dans ses observations que « le recours, dirigé contre un acte administratif consistant dans l'*ordre* donné par le maire en cette qualité, à un agent municipal d'exécuter une sonnerie est recevable » en la forme. Et le Conseil d'Etat décida ce qui suit : « considérant que le maire de la commune de Breurey-les-Faverney ne justifie d'aucun usage local antérieur à la loi du 9 décembre 1905, en vertu duquel les sonneries de cloches à l'occasion des décès auraient un caractère civil; qu'ainsi *en ordonnant* de sonner les cloches dans les circonstances précitées, le maire a commis un excès de pouvoir... ». Ainsi voilà un ordre hiérarchique individuel annulé par le Conseil d'Etat, parce que le maire, dans cet acte administratif, avait commis un excès de pouvoir. Il ne faut d'ailleurs pas s'étonner de la solution

mobiliers qui, à raison de leur utilité en vue de la mission dont ce service est chargé, notamment par la loi du 28 mars 1882, établissant la neutralité de l'enseignement, peuvent y être maintenus et qu'il n'a été porté aucune atteinte à son droit en ce qui concerne les emblèmes religieux existant dans les écoles publiques par l'art. 28 de la loi du 9 décembre 1905 ».

(1) Cons. d'Et., 8 juillet 1910, *Abbé Bruant*, LEBON, p. 566, S. 1910. 3. 129 (note Hauriou) et D. 1911. 3. 41.

admise par le Conseil d'Etat, en matière de sonnerie des cloches, déclarant que l'ordre de sonner constitue un excès de pouvoir. Certes, le Tribunal des Conflits, dans les arrêts Piment et Mignon antérieurement analysés, avait décidé qu'il y avait responsabilité personnelle du maire et non de l'administration, et, par conséquent, fait personnel et non pas acte administratif. Seulement, pour expliquer cette jurisprudence qui semble contradictoire, il faut, avec M. Hauriou, distinguer le point de vue de la décision exécutoire et celui de l'exécution. D'une part, en ce qui concerne l'exécution un fait domine tout : c'est qu'il y a préjudice causé ; la question est alors simplement de savoir à qui doit incomber la réparation de ce dommage, où sont les responsabilités, s'il y a fait personnel ou fait de service. D'autre part, en ce qui concerne la décision et les destinées de l'ordre hiérarchique, un autre fait domine : c'est qu'il va y avoir exécution ; le particulier menacé doit alors aller au plus pressé et, pour empêcher cette exécution ou des exécutions postérieures répétées de l'ordre, se demander s'il ne peut faire anéantir cet ordre par le recours pour excès de pouvoir ; il doit agir, s'il le peut, car il a toujours intérêt à arrêter l'exécution. Il faut être reconnaissant au Conseil d'Etat d'avoir su, dans des arrêts comme ceux qui viennent d'être cités, réaliser si équitablement la protection de l'administré, en lui accordant la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre tout ordre hiérarchique illégal.

*
* *

Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas toujours eu cette attitude libérale : de nombreux recours, s'appuyant sur un

ordre hiérarchique ou dirigés contre lui, ont été déclarés irrecevables.

Parfois, évidemment, les particuliers n'avaient aucun intérêt à intenter ces recours. Lorsque, par exemple, la décision du subalterne prise en exécution de l'ordre est déjà annulée, l'administré n'a souvent plus aucune raison à requérir l'annulation de l'ordre lui-même. Ainsi le préfet de police, en suite d'une instruction ministérielle, avait décidé que le repos hebdomadaire devait être donné suivant le même mode dans des établissements distincts et séparés, lorsque ces établissements appartiendraient au même propriétaire ou seraient placés sous une direction unique. La décision du préfet fut annulée ; le Conseil d'Etat jugea inutile dans ces conditions d'annuler la dépêche ministérielle que le préfet avait exécutée (1). De même, lorsque les lois ou décrets édictent des règles facultatives pour l'administration, un particulier ne peut demander leur application : seule l'administration est dans ces cas, juge de l'opportunité de leur observation (2).

Cependant, il est des hypothèses où le Conseil d'Etat a rejeté les recours pour excès de pouvoir, systématiquement, sans tenir compte de l'intérêt qu'avait le demandeur à intenter l'action.

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'en est pas pour autant anarchique : seulement, elle évolue. Quand la haute juridiction administrative rejette les recours pour excès de pouvoir, c'est qu'elle se cantonne dans une *présomption*

(1) Cons. d'Et., 10 décembre 1909, *Carsault*, LEBON, p. 979.

(2) Cf. Cons. d'Et., 26 janvier 1912, *Blot*, « Revue du droit public », 1912, p. 31.

de non-grief et affirme par là que l'ordre hiérarchique n'est pas une « décision exécutoire ». Lorsqu'au contraire, faisant éclater les formes rigides qui l'enserrent, elle accueille ces recours, c'est qu'elle se laisse aller à la tendance libérale et générale qui la pousse, forcée qu'elle est de tenir compte, dans les espèces qui lui sont soumises, de l'intérêt du demandeur.

Il suffit en réalité de s'entendre sur cette formule qu'une *décision exécutoire* peut seule faire grief et créer ainsi par elle-même un contentieux. Les mots peuvent rester si le contenu change : il ne faut pas donner aux mots « décisions exécutoires » une portée restreinte qu'ils ne peuvent plus avoir aujourd'hui; il faut avec le Conseil d'Etat élargir considérablement le sens de cette notion qui a évolué. La haute juridiction a déclaré recevable un recours contre une délibération d'un Conseil général subordonnée à l'autorisation du Parlement (1) ou contre une inscription au tableau d'avancement (2). Au sens primitif du mot, il y avait là une décision non exécutoire; seulement, il y avait intérêt à admettre le recours : cette décision préparait, en effet, un acte exécutoire non susceptible de recours. De plus en plus, au reste, le Conseil a singulièrement élargi le point de vue de l'exécution; il a déclaré recevable une délibération du Conseil général, subordonnée à l'autorisation d'un décret en Conseil d'Etat, et non encore approuvée (3). S'il rejette parfois encore en notre matière des recours pour excès de pouvoir, c'est qu'il envisage d'une façon moins libérale le point de vue de la décision que

(1) Cf. Cons. d'Et., 30 avril 1898, *Dieuleveult*, LEBON, p. 340.

(2) Cf. Cons. d'Et., 15 décembre 1905, *Taste*, LEBON, p. 940.

(3) Cons. d'Et., 4 août 1905, *Martin*, LEBON, p. 755.

celui de l'exécution; souvent même, il prévient le demandeur que le recours sera recevable quand une décision sera intervenue (1). Or, sans nul doute, la notion de la décision s'agrandit et s'agrandira toujours, de même que s'est agrandie celle de l'exécution. Que l'on conserve dans ce droit administratif qui se transforme, dans cette jurisprudence du Conseil d'Etat qui se fait chaque jour plus protectrice des intérêts des administrés, cette formule de décision exécutoire, soit, mais que l'on y comprenne alors les ordres hiérarchiques ! Et, aussi bien, l'évolution nous mène de la sorte à une conception du contentieux plus réaliste et moins rigoureuse où toute présomption de non grief est repoussée. L'*équité*, sur laquelle le Conseil d'Etat modèle sa jurisprudence de plus en plus justement et qui doit faire capituler tous les systèmes, exige qu'un particulier puisse intenter un recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif dès lors qu'il a *intérêt* à agir.

* * *

Très certainement, un administré peut avoir *intérêt* à faire triompher devant le Conseil d'Etat un recours s'appuyant sur un ordre hiérarchique ou dirigé, contre un

(1) Cf. Cons. d'Et., 7 juillet 1905, *Borel*, LEBON, p. 609 : « ces instructions ne constituent pas une décision susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat statuant au contentieux ». — Cons. d'Et., 27 juillet 1877, *Veillon*, LEBON, p. 731 : « il (le requérant), a dû attendre pour se pourvoir au Conseil d'Etat la décision... ».

Cons. d'Et., 9 février 1870, *Commune de Beaumont-le-Roger*, LEBON, p. 50.

Cons. d'Et., 25 juillet 1890, *Ville de Philippeville*, LEBON, p. 715.

Cons. d'Et., 12 décembre 1902, *Pillaut*, LEBON, p. 747.

Cons. d'Et., 12 février 1904, *Marin*, LEBON, p. 121.

Cons. d'Et., 5 janvier 1907, *Bessaud*, LEBON, p. 16.

ordre. Il est faux, en effet, de croire qu'un ordre hiérarchique ne peut pas bouleverser les situations juridiques, ne portant en lui-même aucune force propre (1); et, de même, il est arbitraire de tenter des distinctions entre les ordres, et de refuser aux ordres individuels ce que l'on accorde aux ordres généraux (2) : comment expliquer, autrement, les recours admis par le Conseil d'Etat ?

C'est ne voir qu'un côté des choses que de se contenter du dilemne suivant : ou bien l'ordre hiérarchique ne sera pas appliqué, qui s'en plaindra ? ou bien l'ordre hiérarchique sera appliqué, il suffira alors de permettre à la partie lésée d'attaquer l'acte d'exécution. En réalité, ce raisonnement doit être ainsi redressé : *ou* bien l'ordre hiérarchique ne sera pas appliqué : s'il est *légal* et s'il a institué en faveur des particuliers des garanties qui n'ont pas été observées, tant qu'il existe, il peut être invoqué par tout particulier intéressé ; *ou* bien l'ordre hiérarchique sera appliqué : s'il est *illégal* il est bien certain que les actions en indemnité, qui peuvent être intentées après les actes d'exécution, ne doivent pas suffir. L'ordre hiérarchique a bien une force dont il faut tenir compte. Il a ce pouvoir énorme de déclancher par lui seul, et pour ainsi dire mécaniquement, l'acte du subalterne qui sera la cause immédiate d'un bouleversement dans la situation du particulier. On ne peut nier que le particulier ait tout intérêt à se garantir contre ce danger ; il faut donc lui reconnaître le droit d'intenter contre l'ordre un recours juridic-

(1) Cf. en sens contraire : Aucoc. *Conférences*, t. I, p. 367. — Ducrocq. *Cours de droit administratif*, 6e édit., t. I, p. 65, n° 62. — Chauveau. *Instruction administrative*, 3e édit., n° 268.

(2) Cf. en sens contraire. Jèze. *Nature juridique des circulaires ministérielles*. « Revue du droit public », 1911, p. 684.

tionnel. On comprend fort bien que le particulier aime mieux ne pas subir une exécution de l'ordre, ou une continuation d'exécution, c'est-à-dire de toutes façons un préjudice, que recevoir une réparation pécuniaire du dommage à lui causé.

Par ailleurs, si l'on admet la possibilité d'agir contre l'ordre, les nécessités administratives n'en sont pas moins sauvegardées. Le recours pour excès de pouvoir, en effet, n'est pas suspensif. L'administration conserve toujours le privilège de l'exécution préalable. Seulement, si un recours pour excès de pouvoir est dirigé contre l'ordre hiérarchique, l'administration est mise en garde contre toute imprudence; souvent, elle attendra la décision du Conseil d'Etat avant d'exécuter; et si elle exécute, elle agira à ses risques et périls, en pleine connaissance de cause : c'est dire que la responsabilité de son exécution sera, en fait, aggravée.

Ainsi, pour assurer une protection plus grande aux administrés, sans entraver pour autant l'action administrative, il faut conclure à la recevabilité des recours contre les ordres hiérarchiques. Ce n'est pas là fausser la notion d'intérêt, c'est en avoir une compréhension plus large et plus juste

Pratiquement, en faveur de cette solution, il ne faut pas simplement invoquer des arrêts rendus dans la matière même des ordres hiérarchiques; la tendance du Conseil d'Etat s'est manifestée récemment dans des hypothèses analogues : celles des *mises en demeure* adressées par le préfet à un conseil municipal (1). Ces mises en

(1) Cons. d'Et , 22 avril 1910, *Commune de Saint-Aubin-Epinay*, S. 1911. 3. 34 (note Hauriou).

demeure, comme les ordres hiérarchiques, précèdent souvent et font pressentir des décisions; longtemps, la haute juridiction administrative a cru pour ce motif qu'elles ne pouvaient pas modifier encore par elles-mêmes des situations anciennes, et elle a admis que contre ces mises en demeure, un pourvoi n'était pas recevable « parce que, ne comportant aucun effet de droit, la mise en demeure ne saurait par elle-même faire grief ». Cependant, en 1910, le Conseil d'Etat annula pour excès de pouvoir une mise en demeure par le préfet à une commune d'avoir à procéder à la location du presbytère. En réalité, comme l'a si nettement montré M. Hauriou, la mise en demeure décèle la prétention du pouvoir central d'exercer une contrainte sur l'administration locale : « elle viole déjà les prérogatives de celle-ci et lui fait grief ». Analysant cette nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat qui est si représentative de sa tendance actuelle, il faut affirmer qu'elle est « conforme à la psychologie des personnages puissants qui sont susceptibles et n'admettent point les menaces ». Aussi, dans la matière du recours contre les ordres hiérarchiques, faut-il retenir cette pensée de M. Hauriou : « Les simples particuliers ou simples administrés, eux aussi, dans la perspective du recours pour excès de pouvoir, doivent être considérés comme des personnages puissants, dont les prérogatives sont à respecter; ce sont des citoyens armés de leur liberté et puissants par cette liberté, jaloux de leur indépendance ». Logiquement, il faut donc affirmer que la menace grondante, contenue dans un ordre illégal, peu déjà faire grief aux particuliers.

Théoriquement, cette solution cadre fort bien avec la nature reconnue au recours pour excès de pouvoir ; ce recours est, en effet, une voie de nullité *objective*, tendant à

assurer une bonne administration. Moyen d'introspection administrative, il cherche à faire triompher la moralité dans les services publics. Dans la réalisation de ce but, rien ne doit être négligé ; les ordres hiérarchiques, qui jouent un si grand rôle dans la vie administrative, ne doivent pas échapper au contrôle juridictionnel. Ainsi seront souvent prévenus les conflits violents entre administration et administré.

Théoriquement encore, cette solution, qui a été admise en bien des hypothèses par le Conseil d'Etat et qu'il faut généraliser, est une preuve manifeste de la *réalité juridique de l'ordre hiérarchique* et par suite de l'existence d'un devoir légal d'obéissance hiérarchique. Admettre la possibilité d'intenter un recours s'appuyant sur un ordre hiérarchique ou dirigé contre lui, c'est rejeter le système de M. Duguit qui refuse à l'ordre hiérarchique toute réalité juridique ; c'est aussi ne pas adhérer aux doctrines contractuelles qui considèrent que l'ordre produit effet seulement à l'intérieur de la hiérarchie, dans les rapports des fonctionnaires entre eux, et qui font ainsi reposer le devoir d'obéissance hiérarchique, non sur l'assujettissement de l'individu à la loi, mais bien sur un rapport de sujétion particulière où le fonctionnaire se trouverait vis-à-vis de l'administration. Le Conseil d'Etat a déjà pris parti pour la théorie saine de l'état de droit moderne. En cette matière de recours pour excès de pouvoir, il a en maintes circonstances proclamé et appliqué avec ses seules conséquences logiques le système de la légalité.

Ainsi, le système de la *légalité* apparaît bien dans un régime d'Etat, comme le principe fondamental limitant et conditionnant l'action de l'administration hiérarchisée ; il réalise, en effet, d'une manière efficace, la protection des particuliers par l'équilibre des différents pouvoirs.

Les administrés peuvent, sans conteste, après avoir subi l'exécution d'un ordre hiérarchique, intenter des actions en réparation contre le patrimoine, soit des fonctionnaires au cas de fait personnel, soit de l'administration au cas de fait de service. Cependant ils ne restent plus aujourd'hui sans défense avant l'exécution ; le progrès de la jurisprudence a consisté à permettre aux particuliers, menacés de l'exécution d'un ordre, de ne pas attendre cette exécution pour agir en justice, d'essayer juridictionnellement qu'elle ne puisse commencer ou, à tout le moins, d'empêcher sa continuation ou sa répétition ; de plus en plus, le Conseil d'Etat déclare recevables les recours pour excès de pouvoir dirigés contre un ordre hiérarchique illégal, de même que contre une décision qui ne serait pas conforme à un ordre légal. Ainsi, au contact des réalités, il a bien fallu tenir compte de la force propre contenue dans l'ordre hiérarchique, manifestation si vivante de l'activité administrative ; c'est pourquoi, sous la poussée de cette force et à raison des nécessités pratiques, s'élargit le contentieux de l'annulation : il appartient au Conseil d'Etat d'arrêter les destinées de l'ordre hiérarchique dès sa mise en circulation dans le commerce juridique.

La haute juridiction a, par suite, une importance sans cesse grandissante ; elle contrôle les actes de l'administration active, lorsque le particulier qui la saisit

a intérêt à agir : elle accueille largement les recours, en délaissant, de plus en plus, toute présomption de non grief; cette transformation libérale du contentieux de l'excès de pouvoir est, du reste, d'autant plus saisissante qu'elle correspond à une évolution en droit privé, au terme de laquelle la théorie administrative de l'annulation sera appliquée à des actes règlementaires, émanations de l'autorité dans un organisme collectif, tels que les règlements d'atelier dans un établissement industriel. En outre, dans les actions en réparation dirigées contre les fonctionnaires, le rôle joué par les tribunaux est, de même, considérable ; aucune présomption légale ne lie leur action ; ils statuent dans leur pleine et entière liberté d'appréciation des circonstances de fait, qu'ils recherchent soit la bonne foi de l'agent de l'administration dans les actions pénales et disciplinaires, soit aussi son erreur grossière dans les actions en indemnité ; le pouvoir judiciaire possède donc bien, pratiquement, une activité particulièrement puissante. Au surplus, si l'on considère enfin, non plus le contentieux de l'ordre hiérarchique, mais sa nature même, on doit pareillement et évidemment conclure à la force propre du pouvoir exécutif ; l'ordre hiérarchique, comme tout acte de l'administration, se présente vis-à-vis de la loi, source première du droit, comme un complément nécessaire pour en faciliter une juste observation. Au total, dans un régime de droit, le pouvoir législatif ne peut et n'entend nullement lier les autres activités de l'Etat, assez étroitement pour les étouffer, en quelque sorte, sous son étreinte. Les pouvoirs exécutif et judiciaire, subordonnés au pouvoir législatif, ne sont pas absorbés par lui ; tous les pouvoirs s'unissent et collaborent pour assurer, en même temps que la protection des fonctionnaires, la

sauvegarde des situations privées établies et le meilleur fonctionnement des services publics dans l'intérêt général.

Vu :
JOSEPH DELPECH.

Vu :
Pour le Doyen en congé,
l'Assesseur de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,
EUGÈNE GAUDEMET.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE. — *L'ordre hiérarchique. — Sa force exécutoire* 17

I. — L'ordre hiérarchique est un acte administratif 19

II. — L'ordre hiérarchique, au titre d'acte administratif, se modèle sur la prérogative de l'administration 33

L'ordre hiérarchique a même fin que la prérogative administrative 34

III. — L'ordre hiérarchique a même domaine que la prérogative administrative 45

IV. — L'ordre hiérarchique procède suivant la même voie que la prérogative administrative 65

DEUXIÈME PARTIE. — *L'ordre hiérarchique. — Les suites contentieuses de son exécution* 75

I. — La hiérarchie. — Le rôle des agents 77

A) Le subalterne en face d'un ordre hiérarchique 79

B) Des responsabilités disciplinaire et pénale de l'agent administratif 95

II. — La légalité. — Le pouvoir des administrés 111

A) Des actions en indemnité dirigées par les particuliers contre le patrimoine des fonctionnaires ou de l'administration 115

B) Des recours pour excès de pouvoir s'appuyant sur un ordre hiérarchique ou dirigés contre lui 133

CONCLUSION 150

IMPRIMERIE
BOURGUIGNONNE
J. BERNIGAUD
15, Rue Bossuet, 15
DIJON